

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

CONDITION JURIDIQUE

DES

FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
ÈS SCIENCES JURIDIQUES

PAR

PAUL CATALAN

AVOCAT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ (1893-1894-1895)

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison **L. LAROSE ET FORCEL**
22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE DIRECTEUR DE LA LIBRAIRIE

1899

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER.— FACULTÉ DE DROIT

MM. VIGIE, doyen, professeur de droit civil, chargé du cours d'enregistrement.

BRÉMOND, assesseur, professeur de droit administratif.

GIDE, professeur d'économie politique, en congé.

LAURENS, professeur de droit civil, en congé.

GLAIZE, professeur de procédure civile, chargé des cours de voies d'exécution et de législation financière.

LABORDE, professeur de droit criminel, chargé des cours de législation et économie industrielles.

CHARMONT, professeur de droit civil, chargé du cours de droit civil dans ses rapports avec le notariat.

CHAUSSE, professeur de droit romain, chargé du cours de Pandectes.

MEYNIAL, professeur d'histoire du droit.

BARDE, professeur de droit constitutionnel.

DECLAREUIL, professeur de droit romain, chargé du cours d'histoire du droit public français.

VALÉRY, professeur de droit commercial, chargé du cours de droit international privé.

PERREAU, agrégé, chargé d'un cours de droit civil approfondi et d'un cours complémentaire de droit civil.

BROUILHET, chargé d'un cours d'économie politique.

GARIEL, chargé d'un cours d'économie politique et du cours d'histoire des doctrines économiques.

MOYE, chargé des cours de droit international public.

LÉVY-ULLMANN, chargé d'un cours de droit civil.

GIRAUD, secrétaire.

Membres du Jury

MM. VALÉRY, professeur, président

VIGIÉ, professeur-doyen }
BARDE, professeur } assesseurs

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

CONDITION JURIDIQUE

DES

FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
ÈS SCIENCES JURIDIQUES

PAR

PAUL CATALAN

AVOCAT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ (1893-1894-1895)



PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison **L. LAROSE ET FORCEL**

22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE DIRECTEUR DE LA LIBRAIRIE

—
1899

A MON PÈRE — A MA MÈRE

A TOUS LES MIENS

P. CATALAN.

DE LA

CONDITION JURIDIQUE

DES FONDS DE COMMERCE

INTRODUCTION

Parler de fonds de commerce c'est, semble-t-il, rappeler des notions bien vieilles et tout à fait banales. Si l'on se réfère, en effet, au langage courant et aux applications les plus communes de la pratique, on se représente assez aisément ce qu'est un fonds de commerce ; on conçoit que toute exploitation commerciale implique en principe une organisation appropriée, qu'elle a des moyens particuliers d'existence, qu'un fonds de commerce est formé de ces éléments principaux par lesquels un établissement fonctionne ; on dira, par exemple, qu'un commerçant cède son fonds lorsqu'il met un autre à même d'exercer le commerce dans les mêmes conditions en lui passant sa clientèle, son outillage, ses baux, etc.

Cependant, lorsqu'il s'agit, sur le terrain juridique, d'affermir les notions pratiques auxquelles la variabilité des hypothèses donne une très grande élasticité, lorsqu'on veut fixer les bases des conceptions et donner des définitions précises, de multiples questions se posent qui sont souvent extrêmement complexes. Aussi, le problème de la condition juridique des fonds de commerce a-t-il donné lieu à bien des discussions ; on a fait intervenir, pour le résoudre, des solutions dont l'ampleur et la portée varient, suivant les points de vue, dans de très larges limites. Ce ne sont point cependant questions de théorie pure, l'intérêt pratique est loin de leur faire défaut, on a pu le voir, pour ne citer qu'un exemple, par les discussions récentes auxquelles a donné lieu, dans notre jurisprudence, la question des nantissements de fonds de commerce. Dans une étude juridique, c'est cette discussion des notions fondamentales qui doit tout d'abord trouver sa place.

Les questions de droit qui se rattachent à la matière des fonds de commerce se posent surtout pour certaines catégories d'actes dont ils sont d'ordinaire les objets. Deux genres d'applications doivent attirer particulièrement l'attention : d'une part, les cessions, d'autre part, les nantissements de fonds de commerce.

Ce sont les cessions de fonds de commerce que l'on a le plus souvent considérées ; leur extrême fréquence, leur importance, la spécialité de leur objet, les effets distinctifs qu'elles entraînent, en font une classe d'actes juridiques tout à fait à part ; elles soulèvent d'intéressants problèmes. Cependant, la loi ne s'en est pour ainsi dire pas occupée ; à peine peut-on signaler des

dispositions fiscales qui règlent l'application des droits d'enregistrement. A défaut de loi, l'usage commercial a introduit, sur certains points, une réglementation caractéristique ; d'autre part, il y a, en la matière, bien des solutions qui, tout en dérivant des principes du droit commun, n'en sont pas moins remarquables par leur spécialité.

D'application beaucoup plus récente, les nantissements de fonds de commerce ont soulevé dans notre droit de vives controverses ; il s'agit là d'institutions très originales auxquelles se rattachent une foule d'idées fort curieuses. De ce côté, l'intervention directe du législateur fut très prompte, elle a donné naissance à la loi du 1^{er} mars 1898 ; la question est donc pleine d'actualité.

Il nous a semblé que, devant les débats nouveaux et les essais d'une législation spéciale, il pouvait être intéressant de faire sur les fonds de commerce une étude d'ensemble qui, sans entrer minutieusement dans tous les détails, englobe les principales questions susceptibles d'être rattachées à ce sujet.

La matière que nous devons traiter est par elle-même assez rebelle aux précisions ; nous nous efforcerons cependant d'approcher autant que possible de la netteté et de la clarté toujours essentiellement désirables.

Notre but est, avant tout, de déterminer dans sa généralité la condition juridique des fonds de commerce ; pour mieux faire ressortir la spécialité du sujet, nous serons forcé souvent de laisser de côté les points qui sont régis par les notions communes.

Voici les grandes lignes du plan que nous nous sommes tracé :

Première partie : De la notion de fonds de commerce et de ses caractères juridiques.

Deuxième partie : Des cessions de fonds de commerce.

Troisième partie : Des nantissements de fonds de commerce.

PREMIÈRE PARTIE

La notion de fonds de commerce et ses caractères juridiques.

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES

Il est difficile de déterminer *a priori*, et d'une façon absolument précise, ce qu'il faut entendre par fonds de commerce. La notion est complexe et fort indécise ; pour la bien comprendre, il faut avant tout dégager les idées générales qui lui servent de fondements.

L'idée directrice qui apparaît tout d'abord, c'est que l'exercice d'un commerce implique en lui-même une organisation appropriée qui en est à la fois le moyen et le produit. C'est cette organisation spéciale que l'on constate tous les jours dans la réalité des faits, il y a des termes particulièrement expressifs pour la désigner, et lorsqu'on parle notamment d'*établissement*, de *maison de commerce*, on indique bien l'existence d'un organisme doué d'une vie propre et d'une indivi-

dualité distinctive. Quels sont donc les caractères de cet organisme ?

Il faut évidemment tenir compte de la diversité des situations pratiques. Cette diversité est pour ainsi dire infinie ; elle tient à de multiples causes : au genre des entreprises notamment, il est bien certain par exemple que l'on ne trouvera pas la même organisation pour une banque et pour une manufacture, pour un hôtel et pour une maison d'édition ; la différenciation peut tenir encore à l'importance, à l'étendue des exploitations, là, il s'agit de maisons dont les affaires rayonnent sur une immense échelle, ici, au contraire, de négoce tout à fait restreints, presque rudimentaires.

Quoiqu'il en soit, il existe pour toute exploitation une organisation au moins sommaire qui la distingue, et si l'on ne peut donner de définition rigoureuse, on peut du moins concevoir un type moyen sur lequel pourront s'adapter la généralité des hypothèses.

Supposons un établissement commercial en pleine possession de son activité. Comment fonctionne-t-il ? Par un ensemble d'actes, de rapports, de valeurs, groupés à raison d'un but particulier. C'est à ce but que s'appliqueront une gestion spéciale et le travail de tous ceux qui, aux titres les plus divers, consacrent leurs forces à l'entreprise, c'est pour ce but qu'il faut à l'exploitation un pécule à elle affecté qui l'entretienne et sur lequel elle se développe. Aussi, si l'on considère à un moment donné l'état d'une maison de commerce, on constate en général une association d'éléments divers qui, en définitive, représentent son mode d'être et qu'il faut faire entrer en ligne de compte pour apprécier la valeur de la situation de l'entreprise.

A prendre le type moyen que nous supposons, il y a un ensemble d'objets, d'instruments d'exploitation, que l'on rencontre d'ordinaire dans l'organisation pratique. C'est d'abord l'installation matérielle que l'établissement a pour son compte. Le commerçant possède, soit en propriété, soit en jouissance, des locaux dont la destination, pour être plus ou moins spéciale, n'en comporte pas moins une affectation commune à l'exercice du commerce : magasins, ateliers, usines, bureaux, etc. Par là, l'établissement prend une assise réelle, une situation, qui peut, à divers points de vue, présenter une grande importance : il y a tel hôtel, par exemple, qui tire toute sa vogue de sa position au centre d'une grande ville, sur une place fréquentée ; telle usine, dont l'emplacement auprès d'un cours d'eau qui lui fournit avantageusement la force motrice, est un facteur primordial de richesse. D'ordinaire, l'installation se complète par un outillage plus ou moins compliqué : mobilier, machines industrielles, moyens de transport, etc. A côté de ces instruments doués par leur fonction d'une certaine fixité, on trouvera généralement des biens plus mobiles, des approvisionnements, un stock de marchandises destiné à se renouveler au fur et à mesure des besoins de la consommation. D'ailleurs, il ne s'agit pas toujours exclusivement d'une organisation matérielle proprement dite : en outre des instruments physiques, il faut faire la part de ce que l'on peut appeler l'outillage incorporel, brevets d'invention, secrets de fabrique, dessins et modèles industriels, etc., en un mot les diverses valeurs que l'on désigne, spécialement, sous le nom de propriété industrielle et qui présentent souvent un intérêt de premier ordre.

Ce qui caractérise l'existence d'une maison de commerce, quelle qu'elle soit, c'est d'avoir des rapports continus avec le public, des relations d'affaires. Il importe dès lors à l'établissement de se faire remarquer du public avec lequel il est appelé à traiter par une sorte d'aspect extérieur qui l'individualise. C'est dans ce but que le commerçant s'applique à donner à sa maison une physionomie distinctive; c'est à ce but qu'il faut rattacher tout un ensemble de formes matérielles ou d'attributs idéaux dont la fonction est précisément de faire connaître au dehors les qualités particulières d'une exploitation. Ainsi, la maison de commerce aura souvent un nom spécial qui la désigne directement elle-même : la *raison de commerce* ou l'*enseigne*. Evidemment, cette désignation est plus ou moins arbitraire; elle peut être empruntée au genre d'industrie exploitée (*Comptoir d'Escompte*, *Caisse des Reports*), ou à une certaine situation (*Hôtel Terminus*, *Bazar de l'Hôtel de Ville*), ou encore être purement fantaisiste (*Au bon Marché*, *Grande Maison*). D'autre part, le commerçant emploie dans les actes de son commerce, et notamment comme signature, un nom que l'on appelle *nom commercial* ou *firme* selon l'expression allemande (1), auquel correspond, pour les sociétés, la *raison sociale*. Ce nom est en général le nom patronymique de l'individu, mais cela n'a rien d'absolument nécessaire. Il est d'ailleurs communément admis qu'un commerçant peut se recommander du nom de ceux qui ont géré avant lui la maison de commerce; cette

(1) Cette expression, également usitée en Angleterre, vient du mot italien *firma* = signature.

pratique se rattache à cette idée que le nom porté par un individu dans son commerce peut, par son application et sa signification spéciales, se détacher de la personne réelle qu'il désignait d'abord pour devenir plutôt l'attribut d'un établissement, et devenir ainsi une sorte de raison de commerce ou d'enseigne sous laquelle l'établissement sera surtout connu du public (*maison Aristide Boucicaut, Agence Cook*). A côté de ces désignations plus générales, on en peut citer d'autres d'application plus spéciale : telles les *marques de fabrique* ou *de commerce*. D'ailleurs, des éléments communs peuvent rentrer dans la formation de ces divers symboles, raison de commerce, nom commercial, marques, etc., malgré que chacun conserve toujours une signification propre. Bien entendu, nous n'indiquons ici que les traits généraux de cette individualisation d'une maison de commerce ; mais il est aisé de comprendre que cet ensemble de moyens, par lesquels une maison fait connaître au dehors les conditions de son existence, consacre à son profit une notoriété, une réputation, qui non seulement forment pour elle un patrimoine moral mais représentent une valeur pécuniaire et commerciale souvent capitale.

Une notion spéciale que l'on relève d'ordinaire dans les moyens d'existence d'un établissement, c'est celle de *clientèle* ou, plus exactement, d'*achalandage*. Elle est de détermination assez délicate. Au sens propre et rigoureux du mot, on suppose qu'une maison a des relations d'affaires habituelles avec un cercle de personnes déterminées qui sont ses pratiques ordinaires, ses clients. Par la continuité des rapports, il se forme entre établissement et clients une sorte d'attache mo-

rale, de lien d'amitié (1), qui assure et fortifie ces relations. C'est ce groupement de personnes qui forme la clientèle d'une maison, clientèle que le commerçant s'attache naturellement à conserver et à développer puisqu'il en tire normalement des bénéfices. Mais, il n'est pas toujours possible de préciser ainsi une catégorie d'individus connus et nommément classés comme clients dans les livres de commerce ; dans beaucoup de cas, on ne pourra parler que de rapports plus confus avec la masse du public ; quelle est par exemple la clientèle d'une compagnie de chemins de fer ? Cependant, il existe toujours pour une maison donnée un réseau de rapports avec l'extérieur qui déterminent sa situation commerciale ; elle a une réputation, une notoriété, un crédit ; elle occupe sur la scène commerciale une place particulière dont on peut apprécier l'étendue et la valeur. L'estimation de cette valeur est évidemment délicate ; on pourra se guider sur la somme moyenne des rapports déjà intervenus, sur le chiffre d'affaires ; par la situation acquise, on se représentera la situation probable à venir ; tout cela sans doute reste aléatoire, mais il y a des degrés dans l'aléa et les probabilités se calculent à une approximation qui peut être très voisine de la certitude. En pratique, cette détermination est de la plus grande importance lorsque, comme dans l'hypothèse d'une cession d'entreprise, il y a lieu d'évaluer l'état d'une exploitation ; c'est ce que l'on appelle en général estimer la clientèle, l'achalandage d'un établissement.

(1) C'est cette idée d'un « lien d'amitié » que reflètent certaines locutions allemandes, par exemple le terme *Geschäftsfreunde*.

Il y a bien d'autres éléments qui se rattacheront à la gestion d'un commerce et dont il faut essentiellement tenir compte : tels surtout les rapports juridiques créés par l'exploitation, comme des créances, comme des dettes, ou, sous une forme plus complexe, les relations qui donnent au commerçant des droits mélangés d'obligations réciproques, comme les traités, marchés, contrats synallagmatiques, passés dans l'intérêt de l'entreprise.

Dans l'ensemble, une maison de commerce représente une organisation qui, par divers côtés, apparaît au dehors et prend une individualité particulière. Elle a en général un nom qui la distingue, une sorte de domicile, une sphère propre d'attributions, son existence est entretenue par une catégorie d'actes spéciaux. A ces fonctions, à ce mode d'être, correspond la formation d'un patrimoine spécial ; ce patrimoine a un actif dans lequel on fera rentrer notamment ces valeurs dont nous avons indiqué certaines formes distinctives ; à l'inverse, il a un passif constitué par les obligations dérivées de l'exploitation ; à côté des avantages acquis à l'établissement, les charges qui le grèvent.

On peut préciser cette détermination d'un organisme spécial au moyen de certains éléments de comparaison. Supposons le cas le plus simple. Voici un individu qui est à la tête d'une maison de commerce. Il s'opère nécessairement dans son existence une sélection et un groupement de ses actes : on pourra distinguer les actes qu'il consacre à son commerce, à la gestion de son établissement, des actes qu'il accomplit dans ses autres affaires, en particulier dans ses affaires domestiques. De même qu'on peut apercevoir une catégorie

d'opérations appliquées à l'exploitation commerciale, on peut discerner de même un groupement parallèle des biens du commerçant, une séparation de fait entre son patrimoine commercial et son patrimoine extra-commercial ou « civil ». Cette séparation, soit dans l'existence du négociant, soit dans la constitution de son patrimoine, n'apparaît pas dans tous les cas de la même manière, mais on peut dire qu'elle existe toujours au moins sommairement ; elle se révélera notamment dans une comptabilité régulière où l'on aura soin de distinguer d'une part ce qui concerne l'existence commerciale de l'individu, c'est-à-dire le fonctionnement de son établissement, et d'autre part ce qui représente son existence hors commerce.

Ces notions peuvent encore s'accroître. Supposons qu'un individu soit à la tête de plusieurs établissements de commerce. Ici, une distinction est nécessaire. Il arrive souvent qu'une même exploitation, lorsqu'elle rayonne sur une vaste étendue de territoire, se partage en diverses zones, se dédouble en plusieurs établissements reliés les uns aux autres par une filiation d'intérêts communs ; à part de la maison principale se trouveront des maisons secondaires, auxiliaires ou annexes, désignées sous les noms d'agences, de succursales, etc., telle exploitation par exemple possède une maison principale dans la métropole et des succursales, des comptoirs, aux colonies ou à l'étranger. Tous ces établissements rentrent alors dans une organisation centrale et unique ; il peut cependant arriver que par leur administration, par leur sphère d'action, ils se créent une certaine autonomie, une sorte d'indépendance. Mais où cette autonomie et cette indépendance

se manifestent réellement et de façon autrement sensible, c'est lorsqu'au lieu de cette ramification d'une même entreprise en plusieurs branches, on voit coexister, sous la direction d'un même entrepreneur, des établissements tout à fait distincts, chacun séparé par son genre d'opérations. Cette hypothèse n'a rien de chimérique, elle se rencontre pour des sociétés et aussi bien pour des individus. « Il n'est pas rare, disent MM. Lyon-Caen et Renault (1), qu'un individu fasse simultanément deux commerces tout à fait différents, par exemple, qu'il exploite une maison de banque dans une localité et une usine dans une autre » ; on a vu tel industriel exploiter des forges à Paris et une distillerie en province ; les exemples analogues ne manqueraient pas. Dans ces hypothèses, la séparation entre ces divers organismes, qui travaillent sous une direction commune pour des applications différentes, sera plus ou moins tranchée : elle peut se manifester par des situations, par des firmes différentes, par les conditions de l'exploitation, la répartition d'un personnel spécial, etc ; en tout cas, chacun de ces établissements séparés engendre autour de lui un mouvement économique qui l'individualise, chacun a sa sphère d'attributions et son patrimoine respectif.

Voilà donc des situations de fait où l'on peut remarquer la formation spéciale à laquelle aboutit l'organisation pratique d'un commerce, et la force de cohésion qui réunit entre eux les divers éléments d'une exploitation pour en faire un « organisme économique ».

En restant toujours sur le terrain pratique, on pourra

(1) *Traité de droit commercial*, t. VII, n° 81.

constater comment cet organisme présente, à d'autres points de vue, une certaine indépendance.

Supposons encore une personne qui exploite individuellement son commerce ; elle meurt ou peut-être a-t-elle mal dirigé ses affaires et la déclare-t-on indigne de les continuer en la soumettant à la faillite, peut-être encore se retire-t-elle volontairement de son négoce. Ce commerce qu'elle abandonne ou dont on la dépouille va-t-il être nécessairement arrêté ou anéanti ? les éléments qui le composaient vont-ils être dissociés ? Tel n'est pas le cas ordinaire ; à la place du commerçant disparu, un autre interviendra qui prendra en mains l'entreprise et la continuera ; le négociant aura changé, la maison de commerce subsiste, et, malgré ces changements, prolonge son existence, sans secousse sensible peut-être, si facilement parfois que la transition passera pour ainsi dire inaperçue. Il pourra arriver, en effet, que l'établissement domine en quelque sorte l'individu qui le gère, que la personnalité de ce dernier s'amoindrisse et peut-être même disparaisse derrière la personnalité que revêt la maison de commerce. Le gérant est peut-être assez peu connu du public, parfois presque indifférent, parce que c'est surtout l'établissement que l'on connaît et que l'on considère.

Il existe ainsi un certain nombre de données pratiques qui servent à fixer les caractères principaux d'une maison de commerce. C'est à cette organisation, dont nous n'avons indiqué que certaines grandes lignes, qu'il faut maintenant rattacher la notion de fonds de commerce, mais comment la déterminer exactement ?

Il faut dire que cette notion de fonds de commerce est au plus haut degré susceptible de plus et de moins, essentiellement élastique, et que, suivant les points de vue et les situations, elle a une portée extrêmement variable.

Dans la conception la plus absolue et la plus systématique, on réunit dans la notion de fonds de commerce tous les éléments qui composent cet « organisme économique » que forme, nous le savons, une exploitation commerciale, toute valeur d'ordre pécuniaire qui en représente l'existence ; on figure ainsi une masse qui indique la situation intégrale, aussi bien passive qu'active, d'un établissement déterminé.

Toutefois, nous nous hâtons de le dire, ce n'est là qu'une conception générique et, en pratique, on s'attache beaucoup plus à des notions dérivées, parfois très restreintes ; on détache de ce qui forme l'organisation d'un établissement commercial plusieurs ou même un seul des éléments qui marquent sa consistance et que l'on envisage particulièrement pour leur fonction ou leur valeur spéciales. Ainsi, le plus souvent, on entendra sous l'expression de fonds de commerce une réunion de valeurs, achalandage, baux, matériel, marchandises, qui se trouvent généralement associées dans un acte commun, une cession, un nantissement, une constitution d'usufruit, etc. En partant de la conception absolue, de la notion intégrale, on peut les décomposer et diversifier de multiples manières ce que, dans l'application, on considérera comme un fonds de commerce. Il devient dès lors impossible de donner des définitions absolues ; la plus générale que l'on puisse présenter c'est que la notion de fonds de commerce re-

présente, soit tous les éléments d'une exploitation commerciale, soit certains plus caractéristiques ; c'est en considérant les applications pratiques qu'on arrive à des définitions plus détaillées.

Toutes ces conceptions, souvent fort divergentes, se retrouvent plus ou moins directement lorsqu'on essaie de déterminer la valeur juridique de la notion fonds de commerce. C'est cette discussion qu'il nous faut maintenant aborder, en nous plaçant sur le terrain du droit. Pour plus de clarté, nous croyons utile de faire une certaine division ; nous considérerons tout d'abord la notion générique et absolue, la plus large et la plus systématique que l'on puisse supposer, et nous indiquerons la discussion dont elle peut être l'objet ; c'est après avoir ainsi défini en quelque sorte les contours du sujet qu'il nous faudra pénétrer plus intimement les notions plus spéciales que les applications courantes mettent en relief.

CHAPITRE II

DISCUSSION DE LA NOTION GÉNÉRIQUE ET ABSOLUE DE FONDS DE COMMERCE.

Il nous faut voir sur quelles bases on peut fixer dans le droit la notion d'ensemble que l'on peut avoir du fonds de commerce. Nous rencontrons ici diverses conceptions qu'il convient d'exposer et de discuter. Nous avons à signaler, entre autres, certaines théories spéciales émises notamment en Allemagne et dont le but, comme on disait, était de « construire juridiquement » la notion de fonds de commerce. Ces théories, très particulières, manifestent un effort, une tendance, qui ne sont points faits évidemment pour surprendre qui connaît l'esprit d'analyse des Allemands et leur inclination à la systématisation. Mais, on doit remarquer que, dans la question qui nous occupe, la pratique a elle-même préparé en quelque sorte la voie aux théoriciens. Nous verrons plus tard, lorsque nous étudierons spécialement les cessions de fonds de commerce, que la coutume allemande a su donner une grande extension aux cessions globales avec actif et passif. Cette coutume est remarquable à plusieurs points de vue, notamment par l'originalité des institutions qu'elle consacrait ; mais, ce que nous nous contenterons

d'indiquer ici, c'est qu'elle manifeste une tendance instinctive et très nette de la pratique à faire d'un fonds de commerce un ensemble juridique à constitution spéciale. Cette pratique a beaucoup attiré l'attention des jurisconsultes ; elle a été, de l'avis général, un des antécédents coutumiers les plus notables qui ait précédé l'élaboration, dans la législation nouvelle de l'Allemagne, d'une institution juridique très notable, la cession de dettes. Dans les controverses auxquelles cette pratique a donné lieu, on fut naturellement amené à discuter la valeur juridique de la notion fonds de commerce ; certains essayèrent alors de lui faire une structure spéciale, d'où des théories assez curieuses. Ces efforts n'ont point réussi, les systèmes présentés ne furent guère accueillis à cause de la hardiesse de leurs propositions ; aujourd'hui, ils ont perdu une notable partie de leur intérêt, parce qu'une des principales questions sur laquelle portait le débat dans le droit allemand, celle du transport du passif commercial, est réglée par le nouveau Code de Commerce de l'Empire. Il convient toutefois de rappeler les idées qui les inspirèrent et de les rapprocher d'autres conceptions moins excessives peut-être dont on retrouve, même chez nous, les tendances.

Ce n'est pas chose très commode que de ramener à des catégories bien délimitées ces systèmes théoriques. On peut cependant arriver à grouper de façon assez satisfaisante les solutions, bien qu'elles ne se séparent pas complètement les unes des autres ; tout au moins, la forme sous laquelle elles ont été présentées permet de les distinguer.

Dans une première section, nous exposerons, sous

trois chefs principaux, ces systèmes : ce sont les théories du fonds de commerce considéré comme *personne morale* — comme *patrimoine spécial* ou *Zweckvermogen* — comme *universalité juridique* ; les deux premières formes appartiennent plus spécialement aux systèmes allemands auxquels nous avons fait allusion. La deuxième section sera consacrée à la discussion rapide des théories exposées.

**Section première. — De certaines conceptions relatives à la
« construction juridique » de la notion fonds de commerce.**

**§ I. — Théorie du fonds de commerce envisagé comme
« personne morale ». (1)**

Le fonds de commerce constitue, a-t-on dit, un « organisme économique » doué d'une fonction et d'une existence propres. Par là, le fonds prend une importance caractéristique qui le grandit et l'élève au-dessus de la personne de son chef ; cette personne est reléguée au second plan et s'efface derrière l'organisation à la-

(1) V. Endemann ; *Das deutsche Handelsrecht, systematisch dargestellt* 3^e édit., pp. 72-73. — Cf., sur l'exposé et la critique de la théorie : Laband, dans *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, t. VIII, p. 643 ; Regelsberger, *Ueber die Haftung des Firmaerwerbers*, etc., *Zeitsch f. d. g. h.*, t. XIV, pp. 12 et s. ; — Veit-Simon, *Ueber die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts*, *Zeitsch f. d. g. h.*, t. XXIV, pp. 109-114 ; — Goldschmidt, dans *Zeitsch f. d. g. h.*, t. XXXVI, pp. 304 et s. ; Saleilles, *Cession de dettes*, *Annales de droit commercial*, 1890, pp. 8 et 9, pp. 32-35 ; — Gaudemet, *Du transport des dettes à titre particulier* (1898), pp. 489 et 490 ; — Jules Valéry, *Des contrats par correspondance*, pp. 243-246, n^{os} 263 bis et 264.

quelle elle est mêlée. On arrive ainsi à attribuer à cet organisme une véritable personnalité, à le revêtir de la « subjectivité juridique », c'est-à-dire de la capacité d'acquérir comme tel des droits et des obligations, il forme un être commercial indépendant par son mode d'existence, son mouvement, son domaine. L'expression de cette personnalité de l'établissement commercial se trouve dans la *firme*, c'est-à-dire le nom spécial sous lequel les affaires sont conduites ; il faut admettre que l'établissement pourra intenter des actions ou y défendre sous ce nom spécial en marquant ainsi son intervention personnelle (1).

Etant donné que le fonds de commerce forme un être indépendant de la personne de son chef, il faut reconnaître qu'il est susceptible d'avoir un domicile propre qui déterminera la juridiction compétente pour connaître des actions élevées contre l'établissement à l'occasion de l'exploitation (2).

Un effet particulièrement notable de cette indépendance du fonds de commerce est une véritable *séparation de patrimoines* : d'un côté, le patrimoine commercial, engagé aux créanciers commerciaux, à ceux qui ont eu des relations d'affaires avec l'établissement ; de l'autre, le patrimoine « personnel » du négociant, affecté à ses créanciers « privés ». D'une manière générale, c'est le fonds de commerce lui-même qui est le « support du crédit » ; les tiers donnent leur confiance bien plus au fonds qu'à la personne qui l'exploite ; le

(1) V. Endemann, *op. cit.*, § 18 et note 11, cf. Veit-Simon, pp. 145 et s.

(2) V. Endemann, *op. cit.*, § 16, iv et les notes ; et § 17. B.

fonds, sujet de droit, a des obligations propres, sa masse propre de créanciers (1).

Que devient donc le négociant dans une pareille conception ? Le négociant est bien moins à considérer comme le chef du fonds que comme son principal employé. L'idée se révèle dans le langage lui-même ; celui que, suivant la conception romaine, on appelle *dominus negotii* (*Geschaeftherr*), on l'appelle, dans la conception présentée, le « Principal », en quelque sorte le premier employé du fonds (*der erste Diener des Geschaefts*) (2). A ce titre, le chef de l'établissement se range parmi les personnes qui, à des degrés divers, contribuent à l'exploitation : employés, représentants, procuristes, etc., qui sont moins les auxiliaires du patron que les organes subsidiaires de la maison de commerce (3).

On conçoit que, la personne du chef de l'établissement étant ainsi secondaire, les événements qui peuvent l'affecter doivent rationnellement être sans influence sur l'organisation commerciale elle-même. Lorsque le négociant meurt ou se retire volontairement et qu'une autre personne veut s'installer à sa place, cette mutation n'altère pas l'existence de l'exploitation, du fonds de commerce, qui subsiste avec les relations juridiques qui y sont attachées. Avec cette notion, on arrive très aisément à déterminer le sort du passif commercial dans l'aliénation du fonds de commerce.

(1) Endemann, *op. cit.*, §§ 15 et 17 A et notes ; cf. Veit-Simon, pp. 115 et s.

(2) Endemann, *op. cit.*, §§ 15, note 5, et § 17 note 12 ; cf. Veit-Simon, p. 112.

(3) Endemann, pp. 106 et s ; 116 et s ; 122 et s.

L'aliénation du fonds n'opère, en effet, qu'un simple changement de gérant ; l'établissement lui-même, cette personne morale, subsiste ; support des dettes de l'exploitation, le fonds en reste tenu, et, dès lors, le nouveau gérant, trouvant ces dettes dans le fonds, en subit la charge. On voit les conséquences logiques de l'idée : libération de l'ancien gérant qui n'était tenu que comme administrateur du fonds, obligation du nouveau, mais seulement dans la mesure du fonds qui lui-même contient la dette (1).

Ces rapports entre employés et établissement ne sont pas rompus par la mort ou la retraite du gérant, ils subsistent avec le nouveau tant que l'établissement lui-même subsiste (2).

Si, pour prendre un autre exemple qui ne manque pas d'intérêt, on suppose qu'un commerçant, après avoir fait une offre, vient à mourir, quel est le sort de cette offre ? L'art. 297 du Code comm. allemand (de 1861) (3) répond : « Une offre (un mandat ou un pouvoir), émanant d'un commerçant dans l'exercice de son commerce ne tombent point par suite de son décès, à moins que le contraire ne résulte de sa déclaration ou des circonstances ». Une telle solution a paru bizarre, cependant elle s'explique très aisément si l'on fait appel à la notion de personnalité du fonds de commerce. C'est ce que fait très nettement ressortir M. Valéry (4) : « Si certains droits éteignent par suite de la

(1) Endemann, *op. cit.* § 17, note 24 et § 173 II A 3 ; cf. Regelsberger *op. cit.*, pp. 13 et s ; Veit-Simon, p. 110 ; Gaudemet, *op. et loc. cit.*

(2) Endemann, *op. cit.*, § 15, § 17, notes 12 et 13.

(3) Traduct. Carpentier (1896) p. 124 ; Cf. Code de Com. hongrois, art. 289.

(4) Valéry, *Des contrats par correspondance*, p. 244 n° 263 bis, qui

mort de la personne qui en est le sujet actif ou passif, c'est que ces droits ont pris naissance *intuitu personæ*, en considération de la personne du décédé ; or, ici, les offres ont été faites au nom du fonds de commerce et dans son intérêt. Par conséquent, tant que cette universalité, cette sorte de personne morale, n'est pas disparue, ces offres doivent demeurer entières. »

Une application encore fort importante de la conception se trouve dans l'hypothèse de pluralité d'établissements commerciaux distincts, exploités sous la gestion commune d'un individu ou d'une société. L'identité de chef n'empêche pas qu'il n'y ait séparation juridique entre les divers fonds de commerce : chacun a son domicile, ses organes, et, ce qui est très important en cas de faillite, sa masse propre de créanciers ; la compensation ne pourrait avoir lieu entre créances d'un fonds et dettes de l'autre et inversement (1).

Telle est, dans ses grandes lignes, la théorie qui fait du fonds de commerce une personne morale distincte de la personne du titulaire.

Dans l'exposé qu'en donnent certains théoriciens allemands, la conception se sépare quelquefois, par des nuances, de la notion typique que nous avons indiquée. Ainsi, on a mis parfois en relief la fonction de la *firme* ; ce serait elle qui donnerait au fonds qu'elle recouvre la personnalité juridique (*Firmengeschaeft*). Si le fonds

cité : Hosenhörl, *das Oesterreichische Obligationenrecht*, § 49, p. 597, n° 75.
— cf. Endemann, § 17 et note 13. ; — cf. Cosack, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 4^e édit. (1898) p. 66.

(1) V. Endemann, *op. cit.*, § 16 V et les notes ; § 17 B 5 et note 15 ; cf. Veit-Simon, pp. 115 et 118.

est aliéné avec la firme, les dettes de l'exploitation passent nécessairement au cessionnaire, etc. ; le fonds recevrait la subjectivité avec les conséquences que nous avons déjà signalées, mais en quelque sorte par l'intermédiaire de la firme (1). D'autres fois, sans vouloir parler de véritable personne juridique, on a parlé de *quasi personne* (2). Mais l'idée fondamentale reste la même.

§ II. — *Théorie du fonds de commerce envisagé comme patrimoine spécial ou Zweckvermoegeu* (3).

On a signalé que, dans toute entreprise commerciale, il existe nécessairement un patrimoine commercial, un *handelsvermoegeu*, qui se sépare et s'isole des biens qui ont une autre fonction ; il est formé d'un « ensemble complexe de valeurs qui sont réunies et associées non pas tant par la personne à qui elles appartiennent que par le but, le *zweck*, auquel elles servent ».

Ce patrimoine ainsi caractérisé par son but est un *zweckvermoegeu*, c'est-à-dire non pas une formation de pur fait, mais une organisation spéciale qui se mani-

(1) Cf. Veit-Simon, pp. 138 et s et les références citées ; Regelsberger, *op. cit.*, pp. 4, 12 et s ; 18 et s.

(2) Cf. arrêt de l'Obertribunal prussien rapporté par Veit-Simon, pp. 139 et s.

(3) Bekker, *Zweckvermoegeu, insbesondere Peculium, Handelsvermoegeu und Aktiengesellschaften*, *Zeitsch f. d. g. h.*, tome IV, pp. 499-507 ; cf. id., *Beiträge zum Aktienrecht*, pp. 386 et s. ; cf. pour l'exposé et la critique : Regelsberger, *op. cit.*, pp. 13-15 ; Veit-Simon, *op. cit.* p. 114 ; Gaudemet, pp. 487-489.

festes à l'extérieur par des effets juridiques caractéristiques (1). Cette constitution d'un patrimoine spécial sous forme de *zweckvermoegen* est tout à fait générale, elle se trouve aussi bien dans le cas où le commerce est exploité par un individu que dans celui où il est dirigé par une société commerciale, car il y a toujours séparation en vue d'un but particulier.

Cette affectation d'un patrimoine à un but se rencontre en dehors du droit commercial, notamment dans la matière des fondations ; dans les fondations, c'est aussi le but qui domine tout, qui est le support du patrimoine affecté à sa réalisation et qui tient la place d'une personne (2). Mais, Bekker, qui s'est fait le champion de la théorie des « *zweckvermoegen* », a eu soin de marquer les particularités de l'application qu'il en faisait au fonds de commerce ; dans les fondations, le patrimoine affecté est un patrimoine sans maître, il est lui-même le maître et n'a à servir que le but. Il n'en est pas de même du fonds de commerce qui appartient au négociant, individu ou société, qui l'exploite, et doit être pour lui l'instrument de profits. Aussi, dit-on en ce sens, que le fonds de commerce est un *zweckvermoegen* dépendant *abhaengiges zweckvermoegen* (3).

Cette condition du fonds de commerce, on l'a rap-

(1) Bekker, *Zweckvermögen*, *op. cit.*, p. 499.

(2) Cf. sur la théorie des *Zweckvermögen* et son application aux fondateurs. Geouffre de Lapradelle, *Des fondations perpétuelles*, pp. 424-432 ; Epinay, *De la capacité juridique des associations sans but lucratif*, thèse Lille 1897, pp. 218-222 ; Hauriou, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, *Revue gén. du droit, de la lég. et de la jurispr.*, 1898, pp. 123 et s. ; 128, note 1 et s.

(3) Bekker, *op. cit.*, pp. 500 et 561 ; *id.*, pp. 534 et 535 ; cf. Regelsberger, pp. 13 et 14 ; Veit-Simon, pp. 144-144.

prochée de celle du pécule romain qui forme dans le patrimoine du maître un petit patrimoine limité, soumis à un régime propre, et, plus particulièrement de la *merx peculiaris*, c'est-à-dire de la portion du pécule de l'esclave spécialement affectée à l'exploitation d'un commerce (1). Comme le pécule et la *merx peculiaris*, tout *handelsvermoege*n, quelque'en soit le maître, a la capacité « d'être en rapports juridiques particuliers vis-à-vis des tiers, d'avoir des créances et des dettes. » La propriété et les créances sont acquises à l'*handelsvermoege*n, c'est-à-dire précisément comme dans le pécule, qu'elles sont acquises au maître du patrimoine commercial, mais cependant de telle sorte qu'elles se séparent profondément de tout autre patrimoine et restent jusqu'à modification dans le cercle de ce patrimoine commercial. De même, l'*handelsvermoege*n a ses propres dettes, c'est-à-dire des dettes qui sont dettes propres du chef de l'établissement mais qui cependant doivent être payées, séparément et par préférence sur le patrimoine commercial (2). »

C'est cette idée de *séparation de patrimoines* qui est encore le résultat le plus remarquable de la théorie ; il faut isoler juridiquement le fonds de commerce pour en faire le gage de ceux qui ont été en rapport d'affaires avec l'entreprise. D'ailleurs, il est généralement admis, en matière de sociétés commerciales, que les créanciers sociaux ont sur le fonds social droit de préférence vis-à-vis des créanciers personnels des associés ; dès lors que l'on admet cela pour une société

(1) V. sur la condition du pécule romain : Bekker, pp. 504-537.

(2) Bekker, *op. cit.*, p. 556.

commerçante, il est de logique rigoureuse de l'admettre aussi pour un individu. « Il faut reconnaître la similitude essentielle de l'*handelsvermoegen* de l'individu commerçant et du fonds de commerce social, ou tous les deux sont des *zweckvermoegen* qualifiés pour avoir leurs propres dettes ou aucun des deux ne l'est (1). »

Evidemment, cette séparation du fonds de commerce comme patrimoine affecté trouvera son application naturelle au cas de pluralité d'établissement appartenant à un même négociant qui fait faillite. Il semble bien d'ailleurs que telle ait été la règle acceptée dans le droit romain en matière de *merx peculiaris* (2).

On devine aisément comment, dans une pareille conception, se règlera le sort du passif commercial en cas d'aliénation de fonds de commerce ; l'acheteur, en prenant le fonds, le prend comme patrimoine commercial auquel il succède et devient par là obligé aux dettes commerciales (3).

Il est facile de voir combien cette théorie du fonds de commerce « *Zweckvermoegen* » se rapproche dans ses principales conséquences de celle que nous avons

(1) Bekker, 336 ; cf. id., pp. 537, 542 et s.

(2) Bekker p. 548 et références ; L. 5 §§ 15 et 16. D. de *tributoria actione*, xiv, 4 : § 15 « *Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in iisdem confundendi erunt, et omnes in tributum vocandi: utputa duas negotiationes exercebat, puta sagariam et linteariam, et separatos habuit creditores? Puto separatim eos in tributum vocari: unusquisque enim eorum merci magis quam ipsi credidit.* » — § 16 « *Sed si duas tabernas ejusdem negotiationis exercuit et ego fui tabernæ (verbi gratia) quam ad Hucinum habuit, ratiocinator, alius ejus quam trans Tiberim, æquissimum puto separatimtributionem faciendam, ne ex alterius re merceve, alii indemnes fiant, alii damnum sentiant.* »

(3) Bekker, *op. cit.*, pp. 553 et s.

exposée sur le fonds de commerce personne morale.

Nous allons montrer, par un autre exemple, comment des théories, en apparence différentes par leur principe ou son expression, peuvent se confondre dans les résultats pratiques, nous indiquerons pour cela une notion que l'on a soutenue en Allemagne et qui se rapproche totalement par ses conséquences de la théorie du « *Zweckvermoegen* » : c'est la théorie de la « *personnalité commerciale* » ou du dédoublement de la personnalité du commerçant. Le négociant supporte une double personnalité, « *sustinet duas personas* », sa personnalité commerciale et sa personnalité extra-commerciale ou « civile ». La première se distingue très nettement de la seconde, elle a dans la *firme* un nom spécial, elle a une sorte de « *base réelle* » constituée par l'ensemble juridique des droits, des choses, des rapports d'affaires, qui forment l'exploitation commerciale (1).

Ainsi, le fonds de commerce n'est pas lui-même personne juridique, mais il est le support de la personnalité commerciale du négociant. Celui-ci est à la tête de deux patrimoines ; pour les dettes qu'il contracte dans son exploitation, il est tenu principalement sur son patrimoine commercial, le fonds de commerce, et subsidiairement sur son patrimoine privé. Le négociant peut librement détacher sa personnalité commerciale et la transmettre à un autre, il le fait en cédant son fonds de commerce avec la firme. Le cessionnaire prend alors le fonds comme un successeur universel et

(1) Völderndorff, *Commentaire du Code de Commerce*, t. I, pp. 192 et s. cité par Regelsberger, *op. cit.*, pp. 5 et 13, et Veit-Simon, *op. cit.*, pp. 142 et 143 ; cf. Gaudemet, p. 488.

devient notamment tenu des dettes, son prédécesseur n'en est plus tenu que subsidiairement (1).

§ III. — *Théorie du fonds de commerce envisagé comme universalité juridique comprenant actif et passif.*

Des conceptions moins absolues, à certains points de vue tout au moins, que celles que nous avons déjà développées, tendent à faire du fonds de commerce un ensemble juridique dont les éléments sont liés les uns aux autres, qui a une consistance équivalente à celle d'un véritable patrimoine. On les a émises à propos encore de cette question spéciale de savoir si l'acquéreur du fonds est tenu des dettes antérieures de l'exploitation ; leur effet semble, dans l'esprit de leurs auteurs, se réduire à la solution donnée pour cette question particulière. Ainsi, on a dit en Allemagne que le fonds de commerce était un « *Gesamtvermoegen* », comme une hérédité, et que, par conséquent, celui qui acquiert un fonds de commerce l'acquiert en principe avec toutes les dettes et charges de l'exploitation (2).

Ce sont des idées analogues que nous trouvons exprimées dans Proudhon (3). Selon Proudhon, le fonds de commerce est, comme le pécule commercial de l'esclave, comme l'hérédité, un « *nomen juris* », une

(1) Cf. Regelsberger et Veit-Simon, *op. et loc. cit.*; cf. Gierke, *Zeitschrift f. d. g. h.*, t. XXVII, pp. 603 et 604.

(2) Ladenburg, *Haftet der Uebernehmer eines bestehenden Handelsgeschäfts*, etc. *Zeitschrift f. d. g. h.*, t. XXX, pp. 97-100 ; cf. Veit-Simon, *op. cit.* pp. 142 et notes, et 118 et s.

(3) *Traité des droits d'usufruit*, t. II, n^{os} 1823 et s, et 1843 et s.

universalité composée d'actif et de passif; il comprend notamment les « dettes commerciales inhérentes aux négociations du commerçant, telles que celles qui auraient pour cause l'achat fait à crédit de marchandises qui sont l'objet de son négoce » (1). Proudhon en tire cette conséquence que le legs d'un fonds de commerce est un « legs d'*universalité* qui par une conséquence nécessaire comprend même les créances actives et passives du négociant qui l'a fait »; ce sont les mêmes principes qu'en cas de vente de droits successifs.

Telles sont les solutions principales que l'on a présentées touchant la notion juridique de fonds de commerce envisagé dans une conception d'ensemble très générale.

Section II. — Discussion des conceptions exposées.

On peut dire que, d'une manière générale, on a repoussé ces systèmes qui ont essayé d'attribuer au fonds de commerce ces caractères de capacité et d'indépendance juridiques que nous avons signalés. En particulier, les jurisconsultes allemands les ont en grande partie rejetés, cependant, nous avons dit quelle était la tendance pratique en Allemagne à faire du fonds de commerce, un ensemble juridiquement organisé ; *a*

(1) Proudhon, invoque à l'appui la loi 77 § 16 D. de *legatis et fideicommissis*, xxxi « *Mensæ negotium ex causâ fideicommissis cum indemnitate heredum per cautionem susceptum, emptioni simile videtur, et ideo non erit quærendum an plus in ære alieno sit quam in quæstu* », et le commentaire qu'en a donné Cujas « *Mensa non est corporis sed juris nomen. Mensa nomen est juris sicut hereditas. Mensæ igitur nomen non pro ipsa mensa accipitur, sed eo nomine significatur jus omne mensæ.* »

fortiori on n'a guère songé chez nous à admettre de telles conceptions. Quelles sont donc les raisons que l'on peut faire valoir contre elles?

On n'a pas de peine à démontrer que certaines notions proposées, comme les notions du fonds de commerce personne morale ou du fonds « *zweckvermögen* », se heurtent par leurs conséquences logiques à des règles formelles du droit positif. Nous discuterons principalement une des conséquences les plus notables, à notre avis, de ces systèmes.

Peut-on admettre une séparation de patrimoines déterminée par une capacité propre du fonds de commerce, une séparation entre le patrimoine extra-commercial et le fonds de commerce, ou entre les divers fonds de commerce s'il y a pluralité d'établissements? La réponse est facile sur le terrain du droit positif; une telle séparation des patrimoines ne semble pas être connue, elle n'existe pas notamment en Allemagne (1). Chez nous, en particulier, les principes sur ce point sont bien nets; nulle part la loi n'a admis pour les fonds de commerce une institution analogue à celle de la séparation des patrimoines en matière héréditaire. Les règles de la faillite ne supposent notamment aucune séparation de ce genre.

Sans doute, la faillite est avant tout un événement de la « vie commerciale » du commerçant et est soumise de ce chef à des conditions particulières. Ainsi il faut, pour qu'elle entre en jeu, qu'il y ait un arrêt dans cette existence commerciale du débiteur, un état de choses

(1) C. Regelsberger *op. cit.*, pp. 24 et s., Veit-Simon, pp. 115-118, Gaudemet, p. 489. Cosack, *op. cit.*, pp. 66 et 67.

qui manifeste distinctement l'impossibilité où est le commerçant de gérer son exploitation dans des conditions régulières; c'est en ce sens qu'il faut reconnaître, comme on l'admet généralement d'ailleurs, qu'une condition nécessaire d'une déclaration de faillite est la suspension des paiements de *dettes commerciales*, le refus d'acquitter des *engagements de commerce* (1). Incontestablement, il y a là le germe d'une distinction entre créanciers commerciaux et ceux dont le titre est étranger au commerce du débiteur; c'est surtout pour protéger les premiers que le commerçant sera destitué de la gérance de son entreprise. On pourrait très bien rattacher cette règle à l'idée que dans le commerçant il y a en quelque sorte une double personnalité. « Il y a dans le commerçant *deux hommes*, disent MM. Lyon-Caen et Renault (2), en ce sens qu'il ne se livre pas seulement à l'exploitation de son commerce, mais qu'il fait aussi des actes juridiques étrangers à cette exploitation ». On sait quel parti la théorie dite « de l'accessoire » a tiré, dans la doctrine des actes de commerce, de cette séparation entre les actes relatifs à l'exploitation du commerçant et son existence extra-commerciale. Il ne faut donc pas nier l'existence d'une démarcation légale, au moins dans une certaine mesure, entre ce qui représente la portion d'existence « privée » ou « civile » d'un commerçant et ce que produit la gestion de son commerce (3). Dans ces condi-

(1) Lyon-Caen et Renaud, *Traité*, t. VII, n° 62; Thaller, *Traité élémentaire de droit comm.*, n° 1490; trib. comm. Seine, 20 janvier 1896, J. trib. comm., 1897, n° 137 et p. 179 (affaire syndic faillite Magnier c. Jouffret frères); Riom, 2 février 1898, S. 98. 2, 104.

(2) *Traité*, t. I, n° 193.

(3) V. sur un point spécial une application de cette idée du dédouble-

tions de l'ouverture de la faillite auxquelles nous avons fait allusion, la loi semble même accuser une prééminence de la personnalité commerciale ; peu importe, en effet, que le débiteur fasse dans sa vie « privée » des dépenses hors de proportion avec ses ressources ; tant qu'il n'y aura pas de *passif commercial* » en souffrance, la faillite ne saurait être déclarée.

Mais, cette distinction impliquée dans la loi de la faillite reste, il faut le reconnaître, essentiellement restreinte. La séparation, très générale d'ailleurs, entre les créanciers commerciaux et les créanciers « civils » du commerçant n'existe qu'au point de vue des conditions d'ouverture de la faillite. Une fois déclanchée, la faillite englobe la situation intégrale du débiteur, s'étend à tout son patrimoine ; aucune distinction entre le patrimoine commercial, le fonds de commerce, et les autres portions du patrimoine ; aucune séparation non plus entre les divers pécules qui peuvent être affectés à des exploitations différentes ; tout est réuni, confondu dans la même masse, l'unité de gage est la conséquence de l'unité de la personne et de l'unité du patrimoine (art. 2092 et 2093 Civ.) (1).

Telle est la force du principe de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine que l'on se refuse en général à admettre, même au seul point de vue de l'administration, la possibilité de faillites multiples pour le même individu, soit en cas de nouveau commerce entrepris

ment de la personnalité du commerçant : Sumien, *Des rapports entre la diffamation et la concurrence déloyale*, Ann. de Dr. Comm. 1898, pp. 43-45. — cp. Alger, 26 oct. 1896, J. trib. comm. 1897, n° 13927, p. 790.

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n°s 240 et 250 bis. — Thaller, *op. cit.*, n° 1530.

par une personne postérieurement à sa mise en faillite, soit en cas d'exploitations distinctes exercées simultanément. C'est le principe « *faillite sur faillite ne vaut* ». « Il n'y a qu'un failli, dit-on, c'est sa *personne* qui est déclarée en faillite, ce ne sont pas les *établissements* qui lui appartiennent » (1).

Si la jurisprudence a, au contraire, une tendance très marquée à consacrer le système des faillites multiples pour des exploitations distinctes, si, dans l'opinion qu'elle consacre en général, « rien ne s'oppose à ce qu'un même commerçant devienne l'objet d'une double déclaration de faillite dans deux endroits différents et pour des opérations de commerce distinctes », elle n'envisage qu'une question de formalités, d'administration, sans qu'il entre aucunement dans son esprit de constituer en gages spécialisés les divers fonds de commerce que peut englober le patrimoine général d'une personne (2).

Aux principes que nous venons de rappeler, on peut ajouter cette remarque que la loi elle-même suppose cette confusion qui devra s'opérer entre le patrimoine commercial du commerçant et son patrimoine extra-commercial, puisqu'elle lui impose de tenir compa-

(1) Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de droit commercial*, t. V, p. 42, et dans le même sens : Boistel, *Précis de droit commercial*, n° 899 ; Beudant, note sous Paris, 30 août 1867, D. P. 68, 1, 163 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n°s 76 et s. et 1156 ; Thaller, *op. cit.*, n°s 1497 et s. et 1530 ; Dal. Sup. Rép. v° faillite, n° 290.

(2) V. pour cette jurisprudence, entre autres décisions : Cass Req., 23 août 1853, D. P. 55, 1, 59. S. 55, 1, 829 ; Limoges, 26 nov. 1859. D. P. 60, 2, 39 ; Paris, 30 août 1867. D. P. 68, 2, 113 et S. 68, 2, 349 ; Lyon, 12 juillet 1869. D. P. 70, 2, 10 ; Req. 24 déc. 1875. S. 77, 1, 341, 8 mai 1878. D. P. 79, 1, 101 ; S. 78-1. 309 — contrà : Douai, 7 juin 1859. S. 60, 2, 84 ; Rouen, 12 juillet, 1874. S. 75, 2, 236. — Cf. Dal. Sup. Rep. v° faillite, n°s 289 et 290.

bilité non-seulement des opérations de son commerce mais encore de ce qui se rapporte aux « dépenses de sa maison », c'est-à-dire de ce qui regarde sa fortune « civile » (art. 8 C. Com.).

On a voulu, comme nous l'avons dit, invoquer en faveur de cette indépendance du fonds de commerce comme patrimoine spécial, certaines institutions particulières, mais il est facile d'expliquer qu'elles ont une raison d'être qui fait défaut dans l'hypothèse que nous envisageons ici.

On a rappelé l'institution romaine du pécule, en particulier de la *merx peculiaris* pour laquelle il semble bien que l'on ait admis en effet une séparation entre les créanciers de la *merx* et les créanciers à titres différents, de même qu'une séparation entre les créanciers de *merces* distinctes. (L. 5, § § 15 et 16, *De trib. act.*) (1). Mais, il s'agit là d'une organisation toute particulière, une exploitation confiée à un esclave sur le pécule ; et, les rapports entre maître et esclave quant au pécule étaient soumis à une réglementation spéciale ; il y a loin de ces institutions à celle du droit moderne où dominent les principes de la libre représentation et de la responsabilité intégrale (2). D'ailleurs, il y a tout lieu de croire que, dans le droit romain lui-même, on suivait d'autres règles lorsqu'on se trouvait dans d'autres situations, quand il s'agissait d'exploitations commerciales gérées autrement que dans la forme de la

(1) C. Rösler, *Vermögen der Handelsgesellschaften*, *Zeitsch. f. d. g. h.*, t. IV, p. 309, note 134 ; Bekker, *Zweckvermögen*, t. IV, pp. 324 et 328 ; Maynz, *Cours de droit romain*, t. II, p. 268 ; Accarias, *Précis de droit romain*, (4^e édit.), t. II, n^o 1031-1032, n^o 830.

(2) C. Regelsberger, *op. cit.*, p. 14 ; Veit-Simon, *op. cit.*, pp. 115-117.

merx peculiaris ; c'est seulement, semble-t-il, à l'institution même du pécule servile que semblent tenir les règles spéciales indiquées (1).

Aussi bien a-t-on compris sans peine que dans le droit moderne il faut faire appel à d'autres conceptions (2) ; comme nous l'avons dit, on a essayé d'invoquer par analogie une autre catégorie de notions, celles qui se réfèrent aux *sociétés commerciales*. Nous n'avons point ici à rentrer dans le détail des principes qui gouvernent la matière des sociétés et des controverses qui se sont élevées sur la nature juridique des associations en général et des sociétés de commerce en particulier. Il nous suffit de rappeler que, pour les sociétés de commerce, on reconnaît en général dans l'ensemble des législations une certaine indépendance du patrimoine social, du fonds de commerce commun par conséquent, vis-à-vis des patrimoines individuels des associés (3). Chez nous, on le sait, on rattache cette indépendance à une notion de *personnalité morale* qui aurait été consacrée par une sorte de tradition. A vrai dire, il ne semble pas que la prétendue tradition de la personnalité morale des sociétés de commerce soit historiquement très certaine (4). Mais, ce qui est incon-

(1) Cf. sur les institutions du commerce exploité par des esclaves à pécule dans l'antiquité. E. Revillout, *La créance et le droit commercial dans l'antiquité*, notamment pp. 11 et s. ; 137 et s. ; 142 et s. ; 157 et s. ; 174 et s.

(2) Endemann, *op. cit.*, pp. 63 et 70 ; Bekker, *op. cit.*, p. 548,

(3) Cf. Lyon-Caen et Renault, t. II, n^{os} 105, 123 et s.

(4) V. notes de M. Meynial sous Cass., 23 fév. 1891. S. 92, 1, 73 et sous Cass-Req, 2 mars 1892. S. 92, 1, 497, et Saleilles : *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, Annales de droit comm., 1895, pp. 10-26 ; 49-79, et 1897, pp. 29-49.

testable, c'est la règle pratique de l'indépendance du patrimoine des sociétés de commerce, elle doit être acceptée sans hésitation. Il est curieux de constater comment dans certaines législations, dans la législation allemande notamment, (art. 119, 122, C. com. de 1861), on a pu, sans aucun emprunt à la notion de personnalité, en s'en référant seulement à une coutume instinctivement admise, consacrer des résultats qui se rapprochent totalement de ceux obtenus avec l'idée de personnalité elle-même (1). On a montré d'autre part que l'ancien droit, sans s'appuyer sur une notion de personnalité morale, aboutissait cependant, pour les sociétés de commerce, à cette conception : « un patrimoine constitué à l'état de patrimoine distinct, séparé, affecté à une entreprise spéciale et qui soit le gage exclusif des créanciers avec lesquels on a contracté en vue de l'entreprise commerciale à laquelle le patrimoine est affecté, et de plus, un patrimoine indisponible pour tous ceux qui ne sont pas chargés de la gestion de l'entreprise », c'est-à-dire exactement « à la conception que présente aujourd'hui un patrimoine doué de personnalité (2). »

Quoiqu'il en soit, si l'on ne peut mettre en doute, pour les sociétés de commerce, cette indépendance du patrimoine social, dont la conséquence est notamment de faire du fonds de commerce commun le gage exclusif des créanciers de l'exploitation à l'encontre des créanciers personnels des associés, serait-on autorisé à ré-

(1) Laband, *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften*, *Zeitsch. f. d. g. h. t.* XXXI, pp. 8 et s. ; Saleilles, *op. cit.*, Ann. 97, pp. 30 et 31 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 125.

(2) Saleilles, *op. cit.*, Ann. 1897, p. 41, n° 63.

clamer une indépendance analogue pour tout fonds de commerce, quel qu'il soit, par cela seul qu'il est fonds de commerce?

Tout fonds de commerce, au sens absolu et général du mot, apparaît en fait, nous l'avons dit, comme une masse patrimoniale liée à une exploitation; si donc, ce rôle « de patrimoine d'affectation » donne au fonds d'une entreprise sociale le caractère d'un patrimoine indépendant, pourquoi tout fonds, même individuel, n'aurait-il pas le même caractère?

Cependant, les auteurs qui ont fait sur ce point des recherches historiques ne paraissent pas avoir trouvé d'indices bien sûrs d'une telle conception. M. Saleilles par exemple, qui se pose la question pour notre ancien droit français, ne croit pas que l'on soit jamais allé jusqu'à admettre cette indépendance d'un fonds de commerce individuel (1). Quant aux auteurs allemands qui ont discuté la notion fonds de commerce, ceux-là même pour lesquels l'idée du fonds patrimoine indépendant était une idée chère ne nous signalent rien de bien positif à ce sujet (2), en somme, ils étaient obligés de reconnaître que la conception qu'ils défendaient n'appartenait qu'aux idées modernes dont elle exigeait même, de leur propre aveu, un certain développement.

Il est facile d'ailleurs d'indiquer les raisons qui em-

(1) Saleilles, *op. cit.*, Ann. 97, p. 40.

(2) Bekker, *op. cit.*, t. IV, 548; Endemann, *op. cit.*, p. 70, note 4; on a cependant signalé certaines dispositions anciennes qui semblent avoir admis un droit de séparation au profit des créanciers commerciaux sur le patrimoine commercial : v. Bekker, *op. et loc. cit.*, Cosack, *op. cit.*, pp. 66 et 67 qui indique dans ce sens l'ancienne coutume de Hambourg.

pèchent d'élargir comme certains l'auraient voulu les règles qui, en matière de sociétés de commerce, consacrent l'indépendance du fonds social.

« Pourquoi, dit M. Thaller (1) n'avoir pas étendu la personnalité à un *fonds de commerce individuel*? Les raisons de la séparation respective des biens compris dans l'exploitation et de ceux qui en sont exclus étaient alors moins fortes. Le commerçant qui n'a point d'associés dirige avec une entière maîtrise ses diverses natures de biens.

Il dépend de lui, pour conserver son crédit, de ne pas se charger, en dehors de son commerce, d'engagements dont finiraient par s'inquiéter ses fournisseurs en affaires. Dans une société, au contraire, il importait de défendre l'actif social contre un gaspillage que l'associé, à part des autres, ferait de son propre patrimoine. Il fallait assurer la stabilité de la société et lui permettre de poursuivre sa destination. Il convenait de préserver tous les associés et chacun d'eux contre les maladresses et les faux calculs de l'un quelconque d'entre eux. » Le crédit d'une société exige, en effet, que le droit de chacun soit limité par celui des autres, que chacun ait un « *droit de veto* » contre la disposition arbitraire qu'un co-associé ferait du patrimoine affecté à l'entreprise commune (2).

Il faut remarquer, d'autre part, que cette indépendance du fonds social et sa spécialisation comme gage, sont liées à certaines formalités qui extériorisent et font connaître au dehors cette affectation particulière

(1) Thaller, *Tr. élém.* ; n° 204.

(2) Laband, *op. cit.*, pp. 4 et s.

d'une masse patrimoniale ; c'est à une publicité sérieusement organisée qu'est rattachée, en matière de sociétés de commerce, cette constitution d'un patrimoine d'affectation ; comme on l'a fort bien dit, par la publicité les associés traitent avec le public auquel ils font connaître les conditions de l'exploitation et les bases sur lesquelles sera assis le gage de ceux qui auront été en rapports d'affaires avec l'entreprise (1).

Lorsqu'il ne s'agit plus de société, mais d'un commerçant qui gère individuellement son entreprise, de même qu'il n'y a pas dans le régime interne de l'exploitation de limitation de droits par des droits semblables, mais, au contraire, maîtrise absolue du négociant, de même il n'existe vis-à-vis du public aucune démarcation nette, extérieure, précise, du domaine de l'exploitation, du fonds de commerce ; aucune publicité sérieuse ne fait connaître aux tiers qu'il y a affectation d'une masse de biens à telle entreprise déterminée ; il n'y a donc aucun engagement formel du négociant d'assurer et de respecter cette destination, nul ne peut se plaindre s'il fait varier à son gré les limites de son pécule commercial et de son patrimoine extra-commercial, ou si, étant à la tête d'exploitations distinctes, il déplace les bornes de leurs fonds de commerce respectifs (2).

La seule conception que l'on puisse dès lors se per-

(1) Thaller, *op. cit.*, n° 268 ; Percerou, *Des abus de la raison sociale*, Ann. de dr. com. 1898, pp. 118 et s. ; Saleilles, *op. cit.*, Ann. 95, pp. 40 et s., 54 et s. ; Meynial, note sous Cass. 23 fév. 1891, précitée ; Lyon-Caen et Renault, II, n°s 132 et 133, et n°s 1035 et s.

(2) Cf. Thaller, *Amortissement et fonds de réserve*, Ann. de Dr. Com., 1895, pp. 241 et s. ; Percerou, *Des abus de la raison sociale*, *op. cit.*, pp. 118 et s.

mettre est une conception législative ; on peut se demander si précisément, par l'organisation d'une publicité suffisante, on ne pourrait pas arriver à faire d'un fonds de commerce, même individuel, un « patrimoine d'affectation » doué d'indépendance et spécialement engagé aux créanciers de l'exploitation. Il faut reconnaître qu'aucune objection de principe ne s'oppose à une pareille institution. « Ce ne serait, dit fort justement M. Saleilles (1), que la généralisation du principe posé par l'ancien droit d'une distraction du gage rendue possible par voie d'affectation. » Il y aurait là un nouvel effort d'une tendance qui, depuis longtemps déjà, pousse la législation « vers la spécialisation du gage, les affectations de biens, la création d'universalités indépendantes des personnes physiques qui en sont propriétaires (2). » Mais encore est-il permis de douter que l'effort soit utile, du moins qu'il puisse arriver à des résultats réellement pratiques.

Quoiqu'il en soit, en laissant de côté toute question de législation et en se cantonnant sur le terrain du droit positif et des institutions acquises, il faut évidemment rejeter une conception qui n'a aucune base légale et pour laquelle on ne peut s'appuyer sur des institutions qui ont une raison d'être toute spéciale.

Ainsi, on ne peut sérieusement s'arrêter à une notion qui paraissait être pourtant une des plus grosses conséquences des théories imaginées pour faire du fonds de commerce une personne juridique ou un « *zweckvermoege*n ».

(1) Saleilles, *op. cit.*, An. 97, p. 40.

(2) Meynial, note sous Cass, 23 fév. 1891 précitée.

Si nous avons autant insisté sur cette critique, c'est que le point nous paraissait être un de ceux qui devaient le plus attirer l'attention dans ces conceptions vraiment originales. Nous ne nous attarderons pas à d'autres critiques. Il est certain, par exemple, qu'avec la notion de personnalité véritable du fonds de commerce on arrive, sur la question du transport du passif commercial au cas d'aliénation, à un résultat qui est évidemment excessif : par l'aliénation, le propriétaire du fonds pourra se libérer des dettes contractées dans l'exploitation, le fonds seul est tenu (1). On a fait justement remarquer qu'avec cette exagération dans la voie de la personnification, on arrivait à créer des « sujets de droits qui manquent de stabilité intrinsèque » (2). C'est cette tendance à l'exagération que stigmatisait Ihering (3), lorsqu'il disait : « Les droits ne sont possibles que là où ils atteignent leur destination et là où ils peuvent être utiles à leur ayant droit. Un droit qui ne peut jamais atteindre ce but dans la personne de l'ayant droit est une chimère inconciliable avec l'idée fondamentale du droit. Pareille anomalie ne peut exister qu'en apparence. Le sujet apparent du droit cache le véritable. Dès que l'on perd de vue cette idée fondamentale du droit que l'homme seul est le destinataire

(1) Cf. Regelsberger, *op. cit.*, pp. 42 et s. ; 48 et s. ; Veit-Simon, pp. 410, 413, 439 ; Ehrenberg, *Ueber das Wesen der Firma*, *Zeitsch. f. d. g. h.*, t. XXVIII, pp. 33 et s. ; 51 ; Gaudemet, p. 490.

(2) Veit-Simon, *op. cit.*, p. 413 ; cf. Laband, *Zeitsch.* : t. VIII, p. 645 où il dit que la conception de la personnalité des fonds de commerce est un « attentat contre l'intégrité de la conception de la personnalité ».

(3) *Esprit du Droit Romain* (trad. Meulenaere), tome IV, pp. 341 et s.

des droits, l'on ne s'arrête plus dans la voie de la personification. »

La discussion semble alors devoir se ramener à des conceptions moins ambitieuses ; ne pourrait-on pas tout au moins accepter que le fonds de commerce forme une universalité juridique avec actif et passif propres ? Nous avons dit à quel point de vue d'intérêt pratique on avait surtout posé la question : l'aliénation d'un fonds de commerce entraîne-t-elle *ipso jure* transmission au cessionnaire des dettes relatives à l'exploitation antérieure ? Faudra-t-il assimiler un fonds de commerce à une hérédité dont la cession emporte de plein droit transmission des dettes à l'acquéreur (art. 1698, Civ.) ?

Sur ce point encore la réponse de la majorité des juristes a été négative. Il en fut ainsi en Allemagne malgré la tendance que nous avons signalée d'admettre en pratique avec la transmission des éléments actifs du fonds de commerce le transport des charges de l'exploitation (1). Chez nous, on peut dire qu'on est unanimement dans le même sens ; on repousse l'idée d'universalité juridique dans cette conséquence que la cession d'un fonds de commerce, c'est-à-dire des valeurs actives qui en représentent l'organisation, entraînerait de plein droit transmission au cessionnaire des créances et des dettes nées de l'exploitation antérieure (2).

(1) Veit-Simon, pp. 119 et s. ; cf. Saleilles, *Cession de dettes*, pp. 8 et 35 ; Gaudemet, p. 488, — il semble bien que dans la plupart des législations la conception générale soit aussi contraire à la transmission de plein droit des dettes commerciales, v. Regelsberger, pp. 10 et 11 ; Veit-Simon, pp. 125-133.

(2) En ce sens : Laurent, *Cours de droit civil français*, t. VI, n° 417 ;

A vrai dire, l'explication qu'on en donne est assez vague. Citons celle de MM. Aubry et Rau (1) : « On dit ordinairement en se fondant sur la loi 77, § 16. D. de leg. (2°) et sur l'interprétation qu'en a donné Cujas (in lib. VIII Responsorum Papiniani) qu'un fonds de commerce constitue une sorte d'universalité juridique (*universum jus, nomen juris*), bien que Papinien et Cujas après lui ne parlent pas d'un fonds de commerce en général, mais spécialement d'une *mensa argentaria*, ou d'un établissement de banque, qui, se composant essentiellement et principalement de créances et de dettes, c'est-à-dire de choses incorporelles, ne se conçoit lui-même que comme objet de cette nature. Or, il en est autrement d'un fonds de commerce ordinaire qui, comprenant principalement des marchandises ou autres choses corporelles, ne constitue, malgré sa nature particulière, et bien qu'il puisse accidentellement renfermer des objets incorporels, qu'une universalité de fait. Voilà pourquoi un pareil fonds n'est, à notre avis, qu'un *universum corpus* et non un *universum jus*. La distinction que nous établissons ici n'est pas seulement de théorie ; il en ressort cette importante conséquence pratique qu'un fonds de commerce ne comprend pas de plein droit et, sauf intention contraire des parties ou du disposant, les dettes actives ou passives, tandis

Dal. Rép. v. ind. et comm. n° 374 ; Lèbre, *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, n° 2, p. 3 ; Saleilles, *Cession de dettes*, Annales de dr. com ; 1890, p. 33 ; Aubry et Rau, t. II, (5° éd.), n° 740 et note 5 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 583 et note 2 ; Albert Wahl, note sous Paris, 26 fév. 1895, S. 97, 2, 89 ; Lyon-Caen et Renoult, t. III, n° 265 bis ; Thaller, *op. cit.*, n° 72 ; Gaudemet, *op. cit.*, p. 420 ; Lyon, 31 oct. 1889, Ann. de Dr. Com. 1890. Jur. p. 47.

(1) Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*,

qu'on arriverait à un résultat diamétralement contraire, si l'on y voyait un *nomen juris* assimilable à une hérédité ». Remarquons l'étroitesse de la conception que les savants auteurs paraissent avoir d'un fonds de commerce puisqu'ils l'envisagent comme composé principalement de *marchandises* ou autres *choses corporelles* ; or, si telle semble avoir été la notion ancienne, on a aujourd'hui une conception bien plus large, nous reviendrons d'ailleurs sur ce point. Le passage que nous venons de reproduire oppose l'idée d'*universum corpus* à celle d'*universum jus* ; c'est cette opposition que l'on rencontre dans la plupart des définitions générales du fonds de commerce. Ainsi, MM. Lyon-Caen et Renault, en partant cependant d'une notion du fonds de commerce beaucoup plus large que celle que supposent MM. Aubry et Rau, se rattachent à des raisons tout analogues à celles de ces derniers auteurs pour refuser d'admettre la transmission de plein droit au cessionnaire d'un fonds de commerce, des créances et dettes antérieures de l'exploitation ; voici en effet, sur quelle définition du fonds de commerce ils basent leur solution : « Un fonds de commerce n'est pas comme une succession, une *universalité de droit* (*universum jus, nomen juris*), c'est une *universalité de fait* ou réunion d'objets *corporels et incorporels* unis par l'emploi auquel ils sont consacrés, mais susceptibles pourtant d'être séparés les uns des autres (1) ». A propos de cette distinction entre universalités de fait et universalités de droit que l'on fait intervenir en général dans la matière qui nous occupe,

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* t. III, n° 243 bis.

il est bon de remarquer que le langage employé est loin d'avoir toujours toute la précision désirable. Ainsi, lorsque nous étudierons plus spécialement la nature intrinsèque des fonds de commerce dans les notions courantes, nous aurons à dire comment, dans notre doctrine et notre jurisprudence française, on a souvent qualifié un fonds de commerce d'« universalité juridique » et même d'« universalité de droit assimilable à une hérédité ». Seulement, il faut faire la part du point de vue particulier auquel on se plaçait pour attribuer au fonds de commerce ces caractères : on entendait, eu égard à certaines applications spéciales, reconnaître à la somme d'éléments composant le fonds de commerce envisagé une notion juridique d'ensemble et une existence distincte de ces éléments individuellement considérés ; ce sont des idées sur lesquelles nous devons revenir. Mais, jamais, croyons-nous, on n'a entendu, en parlant d'« universalité juridique » reconnaître par là qu'un fonds de commerce possède en quelque sorte un patrimoine qui lui est affecté de droit, qui possède un actif et un passif propres et juridiquement circonscrits ; incontestablement on n'a jamais voulu se soumettre à cette conséquence que la cession d'un fonds de commerce mettrait de plein droit les dettes à la charge du cessionnaire (1). Nous avouerons d'ailleurs que cette distinction classique entre universalité de droit et universalité de fait ne nous paraît pas toujours très nette ; de plus, dans les applications pratiques pour la matière qui

(1) Cf. Saleilles, *Cession de dettes*, p. 33 ; Albert Wahl, note précitée ; Gaudemet, *op. cit.*, p. 420.

nous occupe, elle pourra être assez indifférente. Ainsi, si nous prenons pour type celui que l'on envisage de préférence, l'hérédité, elle est sans conteste une universalité de droit avec actif et passif propres et, de ce chef, pourra donner lieu à l'application de règles particulières qui trouveront leur place notamment en matière de cession de droits successifs ; mais, il est parfaitement admis, et cela se comprend aisément, que cette universalité juridique formée par une hérédité peut être convertie par son propriétaire en universalité de fait (1) et en particulier revêtir ce caractère dans une cession. Et nous dirons alors que, même en supposant que, dans le principe, un fonds de commerce envisagé avec sa capacité la plus large constituerait une universalité juridique véritable avec actif et passif propres, néanmoins, dans l'application, on ne le traite guère que comme une universalité de fait ; la chose est manifeste dans la matière des cessions de fonds de commerce ; ce qui n'empêche que, même dans ces applications, on ne puisse arriver à des résultats analogues à ceux que produirait la conception d'universalité juridique elle-même. Seulement, ce principe juridique qui donne une base ferme à la notion de l'hérédité fait défaut pour un fonds de commerce ; l'hérédité représente un patrimoine véritable au sens général de ce mot ; or, la notion de patrimoine, avec son caractère d'unité et d'indivisibilité juridiques a un fondement précis, certain, l'unité et l'indivisibilité de la personne. « Le patrimoine, disent MM. Aubry et Rau, (1) est une uni-

(1) Aubry et Rau, t. II (5^e éd.), n^o 162, p. 4 et note 6.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.* n^o 162, p. 3.

versalité de droit en ce sens que les biens forment en vertu de l'unité même de la personne un ensemble juridique ». Il faudrait une organisation légale particulière pour circonscrire dans la notion générale du patrimoine un patrimoine plus petit, identique au fonds de commerce ; or, cette organisation fait défaut, il n'y a pas de principe juridique qui détermine de façon certaine la consistance d'un fonds de commerce et, lorsqu'on traitera sur une telle notion, il y aura toujours lieu de rechercher quels éléments on veut y comprendre (1). Aussi, croyons-nous qu'il convient de rester, au moins au point de vue auquel nous nous sommes placé, à cette notion qu'un fonds de commerce n'est pas une universalité qui aurait un patrimoine à elle affecté en droit, et que, même en considérant le fonds dans la compréhension la plus large, il n'y faut voir qu'une simple agglomération d'éléments de patrimoine, actifs et passifs, réunis par les liens d'une destination et d'une dérivation communes mais sans jonction juridique nécessaire.

Au total, il faut repousser en principe toutes les conceptions systématiques indiquées, fonds de commerce personne morale — « *zweckvermoege*n », — universalité juridique à patrimoine propre.

Est-ce à dire que nous serons amenés par là à détruire la notion économique de fonds de commerce à laquelle on avait essayé d'adapter une notion juridique conforme ?

On ne peut nier qu'à certains points de vue les théories qui ont été faites pour « construire juridiquement »

(1) Cf. Saleilles, *Cession de dettes*, p. 33 ; Gaudemet. *op. cit.*, p. 488.

la notion systématique de fonds de commerce ne se soient inspirées d'indications fournies par la réalité pratique.

Aussi bien, n'est-il pas étonnant que, même dans l'opinion qui repousse ses systèmes évidemment exagérés, on ait eu à tenir compte, dans une certaine mesure tout au moins, de notions analogues à celles qui les inspirèrent.

Nous verrons, en particulier, et c'est un des exemples les plus notables, comment en Allemagne, sans aucun appel à ces constructions théoriques que nous connaissons, la pratique coutumière d'abord, la doctrine et la législation ensuite, ont su admettre au sujet de la cession des dettes commerciales des applications de ce caractère d'universalité, d'ensemble analogue à un patrimoine spécial, que présente la notion très générale de fonds de commerce ; on apercevra avec quelle facilité on a permis que, dans les cessions de fonds de commerce, les dettes de l'exploitation antérieure suivent les éléments actifs tout comme si le cessionnaire succédait à un véritable patrimoine.

De même, nous pourrions citer telles décisions de notre jurisprudence, laquelle cependant est fort éloignée de cette conception que le fonds de commerce formerait une personne juridique, où l'on trouverait traces de la notion qu'un établissement commercial, un fonds de commerce, possède une individualité juridique distincte de celle du titulaire. Ainsi, nous avons déjà signalé la tendance de nos tribunaux à admettre la pluralité de faillites au cas d'exploitations distinctes pour un même débiteur, mettant ainsi en brèche le principe de l'unité de la personne avec ses consé-

quences, unité de patrimoine, unité de domicile, pour reconnaître en quelque sorte une sorte de domicile propre à chaque établissement distinct ; ces solutions pourraient être rapprochées de celles que la jurisprudence donne encore sur la matière générale de la compétence, notamment au sujet des actions intentées contre des sociétés, lorsqu'une même entreprise est doublée en plusieurs établissements ou que plusieurs entreprises différentes coexistent sous une même direction (1).

On pourrait relever encore comment, dans une question toute pratique, celle de savoir si dans une cession de fonds de commerce seront comprises les médailles ou autres récompenses industrielles obtenues par le cédant, on a soin de distinguer les distinctions obtenues par le commerçant « *personnellement* », pour ses qualités propres, de celles qui ont été plutôt décernées à la « *maison de commerce* » ; ces dernières seules peuvent être comprises dans la cession du fonds et y seront normalement englobées (2).

De même, à propos de certains contrats d'une nature spéciale, la jurisprudence a été amenée à distinguer suivant que le sujet du contrat est le commerçant pris comme individu, ou plutôt, au contraire, le négociant

(1) V. sur cette jurisprudence : Garsonnet, *Traité de procédure*, I, pp. 718 et s. ; Lyon-Caen et Renault, I n° 401 bis ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, n°s 1014 et s. ; Thaller, *op. cit.*, n° 216.

(2) Cf. art 1^{er} de la loi du 30 avril 1886 ; Bordeaux, 1^{er} juin 1887. D. P. 88, 2, 287 ; Ch. req. 16 juill. 1889. D. P. 89, 1, 61 ; trib. comm. Seine, 10 février 1896, confirmé par Paris, 12 janvier 1898, Ann. de Dr. com., 1898. B. j. p. 199 ; Cf. Pouillet, *Marq. de fab.*, 2^e éd. n° 530 ; Dal. Sup. Rép. V° *indust. et comm.* n°s 521 et s.

pris comme chef du fonds et en quelque sorte le fonds de commerce lui-même. Indiquons un exemple intéressant : on s'est demandé, à propos de contrats d'édition en matière littéraire, si la cession faite par l'éditeur de son fonds de commerce déliait l'auteur du traité en cours à ce moment ; on a alors distingué suivant que l'auteur a eu plutôt en vue la « *personnalité privée* » (ce sont les propres expressions des décisions auxquelles nous faisons ici allusion), les qualités individuelles de l'éditeur, ou au contraire qu'il a plutôt considéré « *sa personnalité commerciale* » et voulu traiter en quelque sorte avec la « maison d'édition » elle-même ; dans ce dernier cas, on admettra facilement que le traité d'édition suit le fonds pour profiter au successeur de l'éditeur (1).

On pourrait signaler d'autres applications analogues (2).

Mais, il nous suffit de retenir cette idée que, parmi les rapports juridiques dont un commerçant peut être le sujet, il en est qui ont un caractère plus intimement personnel pour l'individu, d'autres, au contraire, qui, dérivés du fonctionnement spécial de l'exploitation, affectent plutôt l'entreprise elle-même, le fonds de commerce, dont ils deviennent dans une certaine mesure partie intégrante. Sans doute, c'est l'individu qui

(1) Paris, 20 avril 1894. S. 95, 2, 41, D. P. 94, 2, 241 ; Paris, 16 janvier 1896 S. 97, 1, 47 ; note Appert sous Paris, 20 avril 1894, précité ; Lardeur, *Du contrat d'édition en matière littéraire*, pp. 84 et 86 ; à remarquer notamment la note de M. Valery, sous Trib. civ. Seine, 4 juin 1896. D. P., 98, 2. 73.

(2) V. p. ex. : en matière de cession d'entreprises théâtrales : Dal. Rép. v. *Théâtre*, n° 238 ; Dal. Sup. Rép. eod. v° n° 85 ; Pand. fr. v. *Acteurs* n° 618, et décisions citées.

reste toujours le sujet juridique, mais il l'est, dans certains cas, surtout à cause de son caractère de chef d'une exploitation déterminée, et l'on comprend qu'alors la personne ne soit plus aussi essentielle pour la permanence des rapports créés. Ces notions peuvent conduire à d'intéressantes applications juridiques, sans que pour cela on doive se rattacher à des conceptions théoriques trop systématiques et trop absolues.

C'est par l'application que toutes ces notions se précisent ; nous verrons encore, en pénétrant la notion courante, comment à la structure économique de cette catégorie spéciale de biens que sont les fonds de commerce, on a cherché d'adapter une analyse et des règles juridiques particulières.

Il est donc vrai que la notion juridique de fonds de commerce a des caractères et effets qui lui sont propres, mais, nous le répétons, il ne faut pas vouloir bâtir des systèmes trop artificiels, et, même lorsqu'on parle de l'expression la plus large de la notion de fonds de commerce, il convient de restreindre à de sages limites sa valeur et sa portée juridiques.

CHAPITRE III

LA NOTION PARTICULIÈRE ET RELATIVE DE FONDS DE COMMERCE ; SES CARACTÈRES JURIDIQUES PAR RAPPORT AUX APPLICATIONS PRATIQUES

Section première. — Essais de définition.

Nous devons laisser maintenant les conceptions plus générales et plus abstraites pour envisager de préférence les formes plus spéciales et plus concrètes sous lesquelles se présente en pratique la notion de fonds de commerce. Il est dès lors nécessaire de revenir sur les définitions.

L'idée générale, l'idée courante, est toujours qu'un fonds de commerce est formé, en plus ou moins grand nombre suivant les cas, d'éléments qui représentent à un moment donné l'état d'une exploitation commerciale. Mais, quels sont ces éléments ?

On conçoit pour quelles raisons il est impossible de donner à la question une réponse précise. Nous avons dit qu'il y avait beaucoup de diversité dans les situations pratiques, les causes de différenciation étant nombreuses ; on ne saurait dès lors déterminer *a priori* et d'une manière absolue les éléments qui formeront un fonds de commerce. Aussi est-on obligé de faire en quelque sorte une moyenne pour dégager ce qui se

rencontrera dans la généralité des hypothèses. C'est ce qui explique que toute définition relative à la matière contienne d'ordinaire, sous une forme ou sous une autre, une énumération. L'exemple nous est, en un certain sens, fourni par la loi elle-même. Nous verrons plus tard que le législateur a voulu soumettre les cessions de fonds de commerce à une réglementation spéciale au point de vue des droits d'enregistrement. Dans ces dispositions, la loi énumère un certain nombre d'éléments qu'elle suppose englobés dans la cession d'un fonds de commerce : achalandage, droit au bail, objets mobiliers ou autres servant à l'exploitation du fonds parmi lesquels on distingue les marchandises (art. 7 de la loi du 28 février 1872). On trouverait une énumération analogue dans les définitions doctrinales. Citons, par exemple, celle de MM. Lyon-Caen et Renault (1) : « Sous le nom de fonds de commerce on désigne un ensemble de choses qui se rattachent à l'exercice d'un commerce, principalement l'achalandage, l'enseigne, les marchandises en magasin, le droit au bail des lieux où s'exploite le commerce, les marques de fabrique ou de commerce que le commerçant appose sur ses marchandises ». Et, si l'on se rapportait aux décisions de jurisprudence, on verrait que la plupart d'entre elles, ayant à définir un fonds de commerce, donnent une sorte de liste de valeurs diverses qui entrent dans la composition de cette espèce particulière de biens.

Il faut remarquer qu'en général les définitions que l'on donne ainsi se réfèrent surtout à une application

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. III, n° 239, Cf. Lèbre, p. 1, n° 4 ; Thaller, *op. cit.*, n° 72 et s.

spéciale : par exemple, on indique le plus souvent les éléments qui rentrent d'ordinaire dans ce qu'on appelle une cession de fonds de commerce.

Quoiqu'il en soit, on peut discerner un certain nombre d'éléments, de valeurs, que l'on assemble d'ordinaire sous l'expression *fonds de commerce* ; tels l'installation matérielle ou matériel d'exploitation, le stock de marchandises en magasin, le droit au bail des locaux occupés par l'exploitation, la clientèle ou achalandage. C'est ce dernier élément que l'on met généralement en saillie : en principe, il représente, comme nous l'avons déjà dit, la valeur de la situation commerciale d'un établissement donné ; en tant qu'objet de trafic, il représente la valeur du droit d'exploiter cette situation acquise, de profiter des relations créées avec l'extérieur par l'exploitation antérieure, de la clientèle de la maison, de sa notoriété. C'est à cette notion assez imprécise d'achalandage qu'il faut rattacher en effet ces éléments qui sous des formes diverses représentent la notoriété de la maison : *nom commercial, enseigne, marques, etc.*, tous attributs dont la possession pourra permettre de profiter réellement de cette situation commerciale acquise à l'établissement considéré.

Il se trouve effectivement que, dans la plupart des hypothèses envisagées, l'ensemble que l'on désigne sous l'expression de *fonds de commerce* contient ces divers éléments typiques ; ils seront en général associés dans un même acte de cession, de constitution d'usufruit, de nantissement, etc.

Mais, cette formation n'a rien d'absolu : on peut supposer une exploitation qui existe sans réunir pourtant ces différents objets du moins avec une valeur

appréciable pour chacun d'eux : on conçoit un fonds sans marchandises, sans enseigne ; on peut même imaginer un fonds sans clientèle ou achalandage appréciable, s'il s'agit, par exemple, d'un établissement nouvellement fondé et qui ne s'est pas encore créé des relations dont la valeur puisse s'estimer (1). D'autres fois, il sera difficile de séparer ces divers éléments les uns des autres, par exemple l'achalandage pourra s'absorber dans le droit au bail. Au contraire, on peut supposer que d'autres valeurs rentrent dans la composition d'un fonds de commerce, car, elle n'a rien de rigoureux : ainsi, des brevets d'invention, des droits de propriété littéraire ou artistique, une concession administrative, pourront trouver place dans la même notion. On peut y faire rentrer des créances, mais le cas est plus spécial ; d'ordinaire, les relations juridiques qui peuvent exister à l'occasion d'une exploitation sont mises à part des autres éléments qui ont surtout le caractère de moyens, d'instruments d'exploitation ; cela est surtout vrai pour les dettes commerciales qui, sans doute, dans une cession notamment, peuvent accompagner les éléments actifs du fonds, mais que l'on considère distinctement. Ainsi, pour rester dans la notion courante, il faut se représenter le fonds de commerce comme une réunion de valeurs actives, de biens, groupés en raison d'une exploitation ; c'est sur cette conception surtout que nous devons raisonner maintenant.

On conçoit que, dans cette collection de valeurs composant un fonds de commerce, puissent figurer des im-

(1) V. Lèbre, p. 2, note 1.

meubles. En effet, on signale d'ordinaire comme élément d'un fonds le droit au bail des lieux où s'exploite le commerce ; or, on peut très bien supposer qu'au lieu de louer ces locaux, le négociant les possède en pleine propriété ; le cas est fréquent, en particulier, pour des exploitations industrielles proprement dites, des usines. Il y a des objets mobiliers en eux-mêmes qui se trouvent immobilisés comme faisant en quelque sorte partie des immeubles affectés à une exploitation. L'immobilisation par destination du matériel d'exploitation est facilement acceptée lorsqu'il s'agit d'un fonds industriel proprement dit (1). Il peut y avoir plus de discussion pour des cas plus spéciaux qui sont moins rentrés dans les prévisions du Code ; cependant, on admet généralement aujourd'hui, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, une *immobilisation par destination commerciale*. C'est l'application de l'immobilisation par destination au matériel ou mobilier d'un établissement commercial tel qu'un hôtel, un café, pourvu que soient remplies les conditions de l'art. 524 Civ., c'est-à-dire, en principe, que le bâtiment ait été spécialement construit et aménagé pour l'exploitation envisagée, et que les objets mobiliers qui y sont placés l'aient été par le propriétaire même du dit bâtiment et possèdent le caractère d'instruments nécessaires à l'exploitation de ce fonds commercial (2).

(1) Aubry et Rau. 5^e éd., t. II, n° 164 pp. 20 et s. ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 74, p. 72 ; Thaller, *op. cit.*, n° 72, p. 59, note 1.

(2) Laurent, *Droit civil français*, tome V, nos 463 et 464 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *op. cit.* nos 75-85 ; note 61 dans Aubry et Rau, 5^e éd. t. II, p. 22 ; note Lyon-Caen, sous Cass. civ., 21 juillet 1879, S.

Quoiqu'il en soit, biens immobiliers par nature ou immobilisés par leur destination, sembleraient devoir, par le fait qu'ils sont affectés à une exploitation commerciale, rentrer dans la notion usuelle de fonds de commerce (1). Cependant, ici encore la conception logique vient se heurter à la notion pratique : en effet, la notion usuelle sépare les éléments immeubles de l'exploitation du fonds de commerce proprement dit. Voici ce que dit par exemple M. Lèbre (2) : « Au lieu du droit au bail on peut comprendre dans le fonds l'immeuble où s'exploite le commerce. Dans ce cas qui se présente souvent lorsqu'il s'agit d'un fonds industriel, il y aura lieu de distinguer entre le fonds et l'immeuble. » Cette distinction a son importance en matière de garanties réelles ; en tout cas, nous devons la supposer établie.

On pourrait se demander s'il n'existe pas de définition légale de la formation fonds de commerce. Nous

80, 1, 409 ; note Lespinasse sous Trib. civ. Pau, 23 juillet 1884, Gaz. Trib., 24 sept. 1884 ; Dal. Sup. Rép. v^o Biens n^o 26 ; Bruxelles, 4 mars et 15 juillet 1867, Pasicrisie, 1867, 2, 183 ; Caen, 1^{er} avr. 1879, Toulouse, 15 mai 1879, S. 80, 2, 331 ; Trib. civ. Seine, 20 mai 1884, Gaz. Trib. 9 et 11 juin 1884 ; Cass. req., 2 août 1886, S. 86, 1, 417, D. P. 87, 1, 293 ; Cass. Req., 8 déc. 1885, D. P. 85, 1, 295 ; *contra* : Aubry et Rau, *op. cit.*, texte p. 22 ; Demolombe, *Distinction des biens*, t. I, n^o 264 ; Lèbre, p. 217, n^o 168 ; — Cf. Cass., 18 nov. 1845, S. 46, 1, 78, D. P. 46, 1, 36 ; Cass. req., 30 juillet 1879, S. 80, 1, 409 ; Pand. fr. v^o Biens, n^{os} 252 et s. — L'application de la théorie de l'immobilisation par destination commerciale présente une grande importance pour le matériel d'exploitation de grands établissements, hôtels, casinos, etc., de grandes villes ou de stations balnéaires : l'immobilisation rend ce matériel susceptible d'affectation hypothécaire.

(1) Cf. Thaller, *op. et loc. cit.*, et n^o 102 ; note Albert Wahl, précitée.

(2) Lèbre, *op. cit.*, n^{os} 6, et 166 et s. ; Cf. Trib. civ. Seine, 20 mai 1884, Gaz. Trib. 9 juin.

avons des lois qui parlent spécialement de cette catégorie particulière de biens : nous avons déjà cité la loi du 28 février 1872 sur l'enregistrement des cessions de fonds de commerce ; une loi récente, du 1^{er} mars 1898, vise la dation en nantissement des fonds de commerce. Cependant, on ne trouve pas dans ces lois d'indications précises sur ce qui est et sur ce qui n'est pas un fonds de commerce. Or, il faut remarquer qu'en notre matière nous nous trouvons en présence d'une terminologie fort imprécise. Dans la plus vieille notion, on entendait principalement par fonds l'ensemble des marchandises d'un négociant, on se servait pour l'exprimer du terme spécial de *fonds de boutique* (1). On trouve les traces de cette conception, fort restreinte, on le voit, dans les anciens auteurs et les anciennes décisions de jurisprudence (2). Dans le langage plus récent, au contraire, on trouve le terme fonds de commerce assez souvent employé pour désigner distinctement cette valeur incorporelle que l'on appelle clientèle ou achalandage. Cependant, la signification attribuée couram-

(1) Savary, *Dictionnaire universel de commerce*, t. II (1742), 194 : « *Fond* ou *fonds*. Signifie toutes les marchandises d'un marchand ; le marchand s'est retiré, il a vendu son fond. Il se dit pareillement des machines, métiers, instruments et ustensiles servant à une manufacture. » Cf. id., t. I, v^o. *Boutique* « Se dit aussi du fonds d'un marchand. Il a vendu, il a laissé sa boutique à son associé, à son garçon, pour dire qu'il lui a abandonné ses marchandises, son fonds. » Cf. Ferrières, *Coutume de Paris*, t. I, p. 1534 ; Denisart, *Collection des décisions nouvelles*, t. III, v^o *Boutique*, p. 732. Id., *Actes de notoriété du Châtelet de Paris*, pp. 281 et s. sous un acte du 25 mai 1703 ; v. des indications citées dans Cass. 23 mars 1836, S. 36, 1, 161 ; Cf. Georges Hartmann, introduction historique à l'ouvrage de M. Lèbre.

(2) V. entre autres : Proudhon, *Traité des domaines de propriété*, t. I, n. 201 ; id., *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation*, etc., t. II, n^{os} 1010 et s. ; Cass. 9 messidor an XI. S. 1791-an XII, 1, 823.

ment au mot est moins limitative, il désigne en général un ensemble de valeurs diverses dont certaines se rencontrent plus fréquemment que d'autres : c'est, nous le verrons, sous cette forme d'ensemble complexe, que la loi nouvelle du 1^{er} mars 1898 a entendu viser les fonds de commerce, et la loi du 28 février 1872 montre bien une conception analogue. Mais encore, à supposer que des biens de nature différente puissent trouver place dans la notion usuelle, n'y en a-t-il pas dont la présence est essentielle pour qu'il y ait véritablement fonds de commerce ?

En général, on dit que l'achalandage est l'élément essentiel d'un fonds de commerce. Par exemple, MM. Lyon-Caen et Renault (1), déclarent que « l'achalandage est l'élément essentiel pour qu'il y ait vente de fonds de commerce. » Il semble bien que l'idée ne soit pas rigoureusement exacte, on peut rencontrer des hypothèses où, pour un établissement donné, l'achalandage n'a pas une valeur appréciable, et l'on en rencontre où sa valeur n'est pas la principale de celles qui sont comprises dans la notion d'un fonds de commerce. Toutefois, il faut reconnaître que cette notion implique le plus souvent, au moins dans une certaine mesure, celle d'achalandage, étant donné surtout le sens vague que l'on peut donner à ce dernier élément, et qu'ordinairement il présente la valeur la plus distinctive et la plus caractéristique : c'est ce que l'on peut remarquer notamment dans les cessions de fonds de commerce ; il est bien certain qu'en principe on ne pourra pas dire qu'il y a une véritable cession de fonds de commerce,

(1) Lyon-Caen et Renault, tome III, n° 245.

si le négociant ne transmet à un autre qu'un matériel ou des marchandises, sans lui passer le droit de continuer à sa place les affaires et d'exploiter les relations commerciales déjà établies.

En somme, la détermination de la notion de fonds de commerce reste tout à fait relative, et il faut toujours faire la part des circonstances. Suivant les cas, les éléments qui rentrent dans la composition d'un fonds sont essentiellement variables, et, pour un cas déterminé, ces éléments sont en principe séparables les uns des autres. Il faut tenir compte de chaque situation et de l'application qu'on veut faire pour voir si les valeurs considérées constituent véritablement un fonds de commerce. En principe, pour un établissement donné, le fonds de commerce est formé des éléments principaux qui marquent l'individualité de cet établissement.

Nécessairement, on est amené à se rattacher à un type qui, comme nous l'avons dit, est fourni par la moyenne des données pratiques. Nous dirons dans ce sens qu'un fonds de commerce est un *ensemble d'éléments qui marquent l'état d'une exploitation commerciale* : on y comprend notamment, sous le nom de clientèle ou d'achalandage la valeur de la situation commerciale acquise, on y joint diverses valeurs qui concourent au fonctionnement de l'exploitation, en général le droit au bail, le matériel, le stock de marchandises, etc. C'est sur ce type de la notion usuelle que l'on discute surtout et qu'il nous faut aussi discuter.

Section II. — Le problème de la nature juridique des fonds de commerce.

§ I. — *Position de la question.*

Nous avons dit, en indiquant la notion usuelle de fonds de commerce, comment on entendait par là une catégorie de biens d'un genre très spécial. Les fonds de commerce forment ainsi une classe particulière d'objets qui, par leurs caractères et les applications auxquels ils sont soumis, se font en quelque sorte une place à part dans le droit. Nous verrons, en effet, en étudiant les applications les plus notables qui se réfèrent à la matière des fonds de commerce, comment, dans les actes juridiques dont ils sont les objets, il faut faire intervenir des idées et des principes d'un ordre tout à fait caractéristique. Mais, il importe avant tout de fixer les traits fondamentaux de la notion que l'on a à considérer; il faut donc essayer de compléter au point de vue juridique la définition des fonds de commerce. Quelle est la nature juridique de cette catégorie de biens? La question est délicate à résoudre, et dans la plupart des cas, lorsqu'elle s'est posée, elle a donné lieu à de sérieuses discussions. Ce n'est pas d'ailleurs un point de pure théorie, il a une portée pratique incontestable, et c'est, en effet, sur le terrain des applications que l'on peut apprécier l'intérêt du problème. C'est sur ce terrain surtout que nous aurons à nous placer pour cette analyse à laquelle il faut nécessairement soumettre la notion de fonds de commerce.

Etant donnée la signification que présente en général cette forme de biens que l'on appelle un fonds de commerce, on peut dire que le caractère dominant de cette notion est d'être complexe. Elle réunit ordinairement, nous l'avons dit, diverses valeurs qui sont loin d'être toutes identiques les unes aux autres. Ainsi, certaines de ces valeurs ont le caractère d'objets corporels, de biens matériels : tels le matériel d'exploitation, le stock de marchandises. D'autres, au contraire, n'ont pas, à proprement parler, cette forme matérielle et tangible et constituent des valeurs incorporelles : tels sont les brevets d'invention, le droit au bail, les créances, etc. Le plus distinctif de ces biens immatériels c'est l'achalandage, la clientèle, le droit de jouir de la situation commerciale acquise à un établissement ; dans le classement juridique des biens, on le rangera, avec le droit de présentation à un office ministériel, avec les droits de propriété littéraire et artistique, dans cette catégorie de biens qui ont une nature « très singulière », « très extraordinaire » (1). En sorte que, même en excluant de la définition rigoureuse du fonds de commerce les éléments immeubles de l'exploitation, on ne supprime pas la diversité juridique des valeurs qui composent le fonds, puisque les unes sont des meubles corporels et les autres au contraire des meubles incorporels.

Un fonds de commerce ne comprend pas seulement des valeurs différentes par leur nature intrinsèque,

(1) Demolombe, *Traité de la distinction des biens*, t. I, n° 437 ; Duranton, *Cours de droit français*, t. IV, n° 164 ; Troplong, *Du contrat de mariage*, t. I, n° 414 ; Laurent, *Principes de droit civil français*, t. V, n° 513 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 169 ; Lyon-Caen et Renault, III, n° 240.

elles se différencient aussi par leur fonction et leur importance ; la proportion qui existe entre elles est essentiellement variable, et, suivant les cas, ces diverses valeurs peuvent prendre tour à tour le caractère d'éléments principaux ou d'éléments simplement accessoires.

Cependant, malgré la diversité et la variabilité de ses éléments, un fonds de commerce donne en général l'idée d'une chose douée d'une certaine unité et d'une certaine indépendance vis-à-vis des éléments qui la forment. Ainsi, un fonds de commerce contient, à côté d'objets plus fixes des objets, comme les marchandises, qui, par fonction, sont incessamment renouvelés, sans que l'identité du fonds envisagé paraisse être altérée.

Ce sont là tout autant de notions qui rendent particulièrement délicate la détermination de la nature juridique d'un fonds de commerce. Faut-il, en droit, considérer un fonds de commerce comme une universalité indépendante des éléments individuels qui la forment ? conserve-t-elle son existence malgré le changement des parties composantes ? ces parties doivent-elles être traitées à part comme valeurs distinctes ou devront-elles s'absorber dans un tout qui les englobe ? Ce sont ces questions que l'on trouve à chaque pas dans la discussion, il faut signaler les solutions qu'on a voulu leur appliquer.

Déjà, nous avons signalé une des faces du problème de la nature juridique du fonds de commerce envisagé en tant qu'universalité. Forme-t-il un *nomen juris*, un *universum jus*, une universalité juridique, ou n'est-il au contraire qu'un *universum corpus*, une universalité de fait ? Nous avons dit à propos de quelle conséquence surtout on avait, en général, repoussé

l'idée d'universalité juridique, on n'a pas voulu reconnaître qu'un fonds de commerce possède un patrimoine qui de droit lui soit affecté, et l'on en tire cette conséquence pratique que la cession d'un fonds ne comprend pas *ipso jure* les créances et les dettes nées de l'exploitation antérieure. A ces points de vue, on a le plus souvent déclaré qu'un fonds de commerce est une simple universalité de fait. Réduite à ces limites, la question du caractère à attribuer à l'universalité de fonds de commerce ne semble pas soulever de difficultés sérieuses, et sa solution, dans le sens que nous venons d'indiquer, doit être tenue pour établie.

Mais tout n'est pas dit sur la nature juridique du fonds de commerce lorsqu'on a décidé le point de savoir s'il faut ou non lui reconnaître une consistance déterminée en droit. Et, de fait, la discussion prend une portée beaucoup plus large : en acceptant même, sur le point spécial que nous avons indiqué, qu'un fonds de commerce ne constitue qu'une universalité de fait, il faut encore se demander si cette universalité n'a pas cependant des caractères juridiques qui lui soient propres. Aussi bien, ne faut-il pas chercher dans les controverses agitées sur la matière ni terminologie précise ni classement net des conceptions. Le mieux, dans une question où l'intérêt pratique domine, est de relever surtout les conséquences pratiques qui s'attachent aux doctrines soutenues ; c'est ce que nous nous efforcerons de faire. Dans ce but, nous suivrons certaines divisions qui correspondent à des points de vue particuliers.

§ II. — *La notion de fonds de commerce et la distinction entre meubles et immeubles.*

Si nous mettons ce point à part, c'est parce que, étant donnée la portée restreinte que l'on donne usuellement à la notion de fonds de commerce, il ne paraît pas soulever de difficultés bien sérieuses. En effet, nous avons dit que, lors même que des éléments immobiliers se trouvent dépendre d'une exploitation, on les sépare en général du fonds de commerce proprement dit. C'est, en supposant cette distinction établie, que l'on reconnaît sans peine aux fonds de commerce le caractère mobilier.

On peut se demander si l'ancien droit ne fournirait pas sur ce point des indications intéressantes. Il est assez difficile de se prononcer exactement sur la question, car, à notre connaissance, les renseignements que l'on peut trouver ne sont pas très explicites. Nous avons dit, cependant, que la notion qui paraît avoir dominé autrefois c'est celle du fonds de commerce envisagé comme stock de marchandises, d'approvisionnement, ce que l'on appelait « fonds de boutique ». A ce point de vue, on peut relever dans quelques documents des indications divergentes sur cette catégorie spéciale de biens. En principe, semble-t-il, on les considérerait comme des meubles (1). Un jugement du tri-

(1) Ferrières, *Coutume de Paris*, t. I, p. 1534 ; Cf. les considérants d'un arrêt de Rouen, 5 juill. 1824, S. 1822-24, 2, 398, et certaines dispositions anciennes relatives à la compétence en matière de ventes publiques de fonds de commerce citées dans Paris, 26 mai 1832, et Req., 23 mars 1836, S. 36, 1, 161.

bunal de Cassation du 8 fructidor au III (1) déclare, à propos de l'interprétation de l'art. 1, tit. 2, de la Coutume de Lorraine, que, « nulles lois, nulles coutumes, et nuls usages n'ayant classé parmi les immeubles un fonds de boutique et un fonds de caisse composés d'objets purement mobiliers, dont la nature ne peut être changée par aucune disposition », un fonds de boutique doit être réputé meuble. Cependant, d'autre part on paraît avoir considéré dans certains cas les fonds de boutique comme des meubles d'une nature spéciale ou même comme des immeubles. Ainsi, Ferrières dit, dans son Commentaire de la Coutume de Paris, « qu'un *fonds de marchandises* constitue une *universalité de meubles* qui peut donner lieu à complainte ». On a signalé un arrêt du 31 août 1641 rendu par le Parlement de Besançon qui disait : « Les marchandises qui forment un fonds de boutique forment un seul tout et ce tout forme une universalité qui devient un *immeuble fictif* et dont l'usufruitier ne peut pas plus disposer que d'un immeuble réel ». Il est vrai qu'on peut citer un arrêt plus récent du même Parlement (21 juillet 1781) qui classait parmi les objets mobiliers d'une succession un fonds de boutique (2).

Dans un jugement du tribunal d'appel de Besançon du 23 thermidor an IX (3), on trouve une allusion à cette nature particulière du fonds de boutique que l'on pouvait considérer « comme *universalité de meubles*,

(1) Dal. Rép. v^o *Biens* n^o 213.

(2) Ces arrêts sont cités par M. Hartmann, dans son introduction historique à l'ouvrage de M. Lèbre, p. 57; Cf. Lyon-Caen et Renault, p. 168, note 2.

(3) Sous Cass. 6 messidor an XI, S. 1791 — an XII, 1, 823.

ou comme *immeuble fictif*, ou comme *meuble précieux* (1) ». Il semblerait donc, sans cependant que l'on puisse être très affirmatif, qu'il ait existé autrefois une tendance à distinguer les fonds de commerce, ou selon la notion plus courante, les fonds de boutique, des meubles ordinaires, et à les assimiler dans une certaine mesure aux immeubles pour les rendre notamment susceptibles d'hypothèque.

Quoiqu'il en soit, dans l'organisation et les conceptions modernes, les fonds de commerce se rangent

(1) L'art 56 de la coutume de Bordeaux (cité par Merlin, Répertoire de jurisprudence, v^o *Cabal* ou *Cabau*) portait : « Si aucun cabau est venu par succession, il doit être réputé immeuble sinon qu'il y eut bien immeuble venant par succession de la valeur du cabau. » Merlin qui rappelle les discussions soulevées sur le sens de cet article signale que, d'après les plus anciens commentateurs de la coutume, le mot *cabal* (ou *peculium*) désignait les marchandises en boutique d'un négociant, et que l'on invoquait la différence qui séparait ces fonds de boutique ordinaires des fonds de commerce de banque : à l'époque de la rédaction de la coutume de Bordeaux, disait-on, la plus grande masse de la fortune des habitants de Bordeaux consistait en marchandises en boutique ; les fonds de boutique, à cause du peu de développement des communications, avaient une assiette fixe qui les rendait *susceptibles d'hypothèque* ; au contraire, les fonds de banque avaient une mobilité perpétuelle qui les faisait ordinairement échapper à l'immobilisation d'après le vœu de la coutume qui n'avait voulu y assujettir que des objets qui eussent une consistance territoriale et qu'une transmission sensible et réelle fait symboliser avec les immeubles, — Merlin, *loc. et op. cit.*, cite, sur un sens analogue du mot cabal : Coutume de Bayonne, art. 22-26 ; Laurière, *Glossaire de droit français* ; Despeisses ; ainsi qu'un arrêt du Parlement de Bordeaux du 21 août 1783 ; — Denisart, dans sa *Collection de décisions nouvelles*, V^o *Cabal* ou *Cabau*, remarque que ce mot est susceptible de diverses significations, mais que, dans son sens le plus général, cette expression désigne une *universalité de meubles* considérés non comme individus isolés mais comme formant un tout ; tel était, dit il, le sens que l'on donnait dans le Languedoc, particulièrement dans le comté de Toulouse ; en Languedoc, les cabaux font la base de la répartition d'une partie des impositions (Denisart, v^o *Compoix*, *compoix cabaliste*).

incontestablement dans la propriété mobilière. Tous les éléments que l'on fait rentrer dans cette notion entendue au sens spécial que l'on connaît sont des meubles : il en est ainsi évidemment pour les objets corporels, le matériel, si on suppose qu'il n'est pas immobilisé par destination, de même pour les marchandises, malgré qu'elles soient réunies en un stock plus ou moins considérable. C'est peut-être pour rappeler et éviter les anciennes discussions que l'on insiste quelquefois sur ce caractère mobilier d'un stock de marchandises. Ainsi, comme le remarquent MM. Aubry et Rau (1), « on ne doit pas considérer comme revêtant un caractère immobilier des meubles de même nature réunis en quantité plus ou moins considérable pour servir à une destination commune et qui forment ce qui s'appelle une *universalité de fait*. C'est ainsi que les marchandises composant un *fonds de commerce*, les orangers et autres arbustes d'une serre, les livres d'une bibliothèque et les tableaux d'une galerie conservent leur qualité de meubles ». De même, ainsi que nous l'avons déjà dit, les biens incorporels d'un fonds, droit au bail, achalandage, etc., doivent être classés parmi les meubles.

De ce caractère mobilier ainsi reconnu aux fonds de commerce il résulte, entre autres, plusieurs conséquences intéressantes que l'on peut d'ores et déjà signaler :

1° Lorsque des époux se marient sous le régime de la communauté légale, tombe en communauté le fonds de commerce qu'ils possédaient au jour du mariage ou

(1) Aubry et Rau, t. II, 5^e éd. p. 28 n° 164 bis et notes.

qui, pendant le mariage, leur échoit à titre de succession ou donation ou est acquis à titre onéreux (art. 1401. Civ.) (1);

2° Le privilège du vendeur d'un fonds de commerce sera soumis aux règles du privilège du vendeur d'effets mobiliers; nous aurons à revenir sur ce point qui a une grande importance pratique ;

3° Lorsqu'on se demande à quelles voies d'exécution peut être soumis un fonds de commerce, il peut être délicat de les déterminer exactement en raison de la diversité des éléments qui composent cette catégorie de biens, mais il est certain qu'on ne saurait appliquer les règles de la saisie immobilière (2).

4° Une conséquence particulièrement intéressante est que les fonds de commerce n'étant pas revêtus du caractère immobilier ne sont pas susceptibles d'hypothèque; au contraire, leur qualité de meubles paraît permettre de leur appliquer les règles du gage. Mais, la question est beaucoup plus complexe; nous l'étudierons à part, et nous verrons à quelles difficultés a donné lieu, en matière de nantissement de fonds de commerce, la complexité de cette catégorie de biens.

(1) Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, t. I, p. 367, n° 452; Troplong, *Du contrat de mariage*, t. I, n°s 414, 426 et s.; Aubry et Rau, t. V, n° 507, p. 286, texte et note 16; Dal. Rép. v° *Contrat de mariage*, n°s 646, 2372, 2373; Lèbre, p. 7, n° 7; Guillouard, *Du contrat de mariage*, t. I, p. 350, n° 380; Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 241; Baudry-Lacantinerie et le Courtois et Surville, *Du cont. de mar.*, t. I, n°s 290 et 293; Paris, 22 mars 1834. S. 34, 2, 190; Metz, 3 juin 1841 et Cass. Req. 29 nov. 1842, S. 42, 1, 899. D. P. 43, 1, 62; Paris, 30 juin 1855, S. 56, 2, 414; Paris, 24 avril 1858, S. 58, 2, 477. D. P. 58, 2, 159; Pand. franç. Rép. v° *Mariage*. n°s 8146 et 8147.

(2) Turin, 18 sept. 1811, rapp. dans Dal. Rep., v° *Biens*, n° 213; Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, tome III, n°s 775 et 776.

Aujourd'hui, depuis la loi du 1^{er} mars 1898, la question des nantissements sur fonds de commerce est spécialement réglementée ; des formalités particulières ont été établies desquelles il résulte que l'exclusion de l'hypothèque sur les fonds de commerce n'est plus que nominale.

Si, en principe, les fonds de commerce sont soumis aux règles générales de la propriété mobilière et, en particulier, à ces conséquences que nous avons indiquées, on peut noter cependant une tendance réelle à les isoler des meubles ordinaires pour en faire une catégorie de biens distincte. Nous venons d'indiquer précisément que le législateur, faisant sur ce point échec à cette règle fondamentale de notre droit que l'hypothèque n'est admise que sur les immeubles, a tout récemment consacré un système qui en réalité rend les fonds de commerce susceptibles d'hypothèque. Une autre loi que nous avons aussi signalée et dont nous aurons encore à relever les dispositions, la loi du 28 février 1872, applique à l'enregistrement des cessions de fonds de commerce des règles analogues à celles qui gouvernent les cessions immobilières.

L'importance des fonds de commerce, la fonction et la nature très spéciales de cette catégorie de biens, expliquent qu'on puisse leur faire ainsi un classement à part des meubles ordinaires ; nous aurons, en étudiant les applications, à révéler plusieurs fois ces tendances dont il nous suffit pour le moment de signaler l'idée.

§ III. — *Les fonds de commerce et la distinction entre meubles corporels et meubles incorporels.*

Ici, la complexité de la notion de fonds de commerce s'accroît ; car, en admettant que tous les éléments d'un fonds soient des meubles, ils n'en sont pas moins, à un point de vue plus spécial, de qualités dissemblables. Les uns sont des meubles corporels, les autres des incorporels ; or, la distinction entre les deux sortes de biens présente, à plusieurs points de vue, un intérêt réel, et il a bien fallu se demander comment on pourrait, à ces points de vue, traiter les fonds de commerce. La question a soulevé beaucoup de discussions.

Il convient de grouper à la base des controverses les différentes solutions qui ont été présentées.

— 1^{er} groupe de solutions : en principe, un fonds de commerce constitue une *universalité d'une seule et même nature juridique*. C'est la notion de l'universalité douée en elle-même d'un caractère propre. Mais, il faut, au sujet de la manière dont se détermine le caractère global de l'universalité fonds de commerce, faire des distinctions : dans un système, en effet, ce caractère sera déterminé *à priori*, une fois pour toutes ; dans le système opposé, ce caractère pourra varier suivant les circonstances, tout en restant toujours unique.

1^{re} notion : un fonds de commerce constitue dans tous les cas une *universalité incorporelle*. C'est le système qui a été défendu par la plupart des auteurs. Voici par exemple la solution de M. Lèbre (1) : « En

(1) Lèbre, *op. cit.*, n° 7. p. 7.

tenant compte de cette idée que l'achalandage est l'élément le plus important de l'établissement commercial, il faut décider que le fonds de commerce considéré dans son ensemble et en tant qu'universalité est un meuble incorporel. Le matériel et les marchandises, bien que meubles corporels, font partie du fonds, objet incorporel, comme étant un accessoire nécessaire de l'exploitation, et par suite de la corrélation intime et de l'indivisibilité de valeur qui ne permettent pas de les séparer. » De même, MM. Lyon-Caen et Renault (1), après avoir rappelé que le fonds de commerce est une universalité de fait, ajoutent : « Quand on considère à ce point de vue le fonds de commerce, on doit le ranger parmi les meubles incorporels. L'achalandage ou droit à la clientèle a évidemment compris ce dernier caractère et les autres objets compris dans le fonds de commerce sont un accessoire de l'achalandage. » C'est une conception analogue que l'on relève dans plusieurs décisions de jurisprudence (2). Pour fixer ainsi *à priori* ce caractère unique d'un fonds de commerce, les arrêts considèrent que certains des éléments incorporels compris dans le fonds, notamment l'achalandage, constituent le principal du fonds et en quelque sorte sa substance. Citons, à titre d'exemple, une décision, où l'on a défini dans ce sens la nature juridique d'un fonds de commerce (3). « Malgré la diversité des élé-

(1) Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 240.

(2) V. entre autres : Cass. 27 fév. 1826. S. 1825-1827, 1.286 ; Cass. 23 mars 1836. S. 36, 1, 161 ; ; Riom, 30 mars 1892. S. 94, 2, 237, Paris, 21 juillet 1892. D. P. 93, 2-108, J. trib. com., 1893, n° 12372, p. 411 ; Lyon, 14 mars 1895. J. trib. com. 1896, n° 13569, p. 696 ; Paris, 21 déc. 1896. DP. 98, 2, 23, etc.

(3) Paris, 21 juillet 1892, précité.

ments dont il se compose, un fonds de commerce n'en est pas moins une *chose unique* ayant une existence propre et indépendante de ses parties ; pour déterminer la nature juridique de cette chose, les principes généraux du droit commandent de s'attacher à ses éléments essentiels et de leur accorder la prédominance sur ceux qui n'en sont qu'accessoires ; les éléments *essentiels* d'un établissement commercial, ceux qui en constituent réellement le « fonds », sont le titre, l'enseigne, et l'achalandage sans lesquels il ne saurait subsister dans son *identité* ; le matériel, les ustensiles et les marchandises, simples moyens d'exploitation qui peuvent être changés ou modifiés sans que l'existence même en soit affectée, n'en sont que les éléments accessoires ; le titre, l'enseigne, l'achalandage étant de nature mobilière et incorporelle, il en résulte que le fonds de commerce tout entier revêt le même caractère. »

Ainsi, dans ces conceptions, comme ce qui constitue l'essence, la substance du fonds, est de nature incorporelle, le fonds tout entier constituera dans tous les cas une universalité incorporelle.

2^e *notion* : le fonds de commerce est toujours une universalité homogène, douée d'un caractère unique et global, mais ce caractère est variable et doit être déterminé pour chaque cas, d'après les éléments principaux qui composent le fonds envisagé. C'est le système qui a été le plus souvent consacré en jurisprudence. La base est très nette : un fonds contient des valeurs corporelles et des valeurs incorporelles, il faut en faire la balance et, suivant les données de chaque espèce, reconnaître au fonds le caractère d'une universalité in-

corporelle ou d'une universalité corporelle. Nous indiquons seulement le principe de solution et le critérium, devant revenir plus tard sur les principales applications qui en ont été faites ; signalons seulement d'ores et déjà, qu'en fait, ce système a le plus souvent conduit à traiter le fonds de commerce comme un meuble incorporel.

—— 2^e groupe de solutions : voici le principe : chacun des éléments d'un fonds de commerce conserve sa nature juridique propre et doit être traité comme s'il était isolé. Un fonds de commerce, dit-on, constitue sans doute une universalité de fait qui associe diverses valeurs concourant entre elles dans un intérêt d'exploitation, mais ces valeurs n'en conservent pas moins intégralement leur individualité juridique, leur nature propre, et, par conséquent, chacune reste soumise aux règles appropriées à sa qualité respective. Le principe que nous exprimons a été assez peu présenté, on ne le trouve nettement formulé que par de rares auteurs dans des définitions récentes (1). « Nous ne voyons pas trop, dit, par exemple, M. Thaller sur la notion de fonds de commerce (2), pourquoi l'on veut à toute force y voir une *universalité juridique*. Nous y trouverions plutôt un assemblage de valeurs qui les unes, comme la clientèle, ont une nature immatérielle, tandis que d'autres, telles que les marchandises, sont des meubles corporels... ; il faut appliquer à chacune de

(1) Magnier et Pruvost, *Du nantissement constitué sur les fonds de commerce* (1893), pp. 63 et s ; note Albert Wahl, sous Paris, 26 fév. 1893. S. 97, 2-89 ; Thaller, note dans *Annales de droit commercial*, 1889, Doct. pp. 221 et s. et *Traité*, n^{os} 72 et 902.

(2) Thaller, note dans *Ann. de droit com.*, 1889, précitée.

ces valeurs prise à part des autres les règles qui conviennent à sa nature intrinsèque. Nous doutons fort de la nécessité d'ouvrir dans les cadres du droit une rubrique nouvelle à cette agglomération de valeurs considérée comme une chose distincte des éléments qui la composent. »

Voilà, on le voit, pas mal d'idées divergentes ; il nous faut maintenant indiquer pourquoi elles se sont révélées et montrer, en désignant les principales questions pratiques sur lesquelles le débat s'est élevé, qu'on ne discutait pas dans le vide.

Voici, par exemple, une question toute pratique sur laquelle on a pas mal discuté et qui a souvent mis aux prises les compagnies de notaires et celles de commissaires-priseurs. Quelle est la classe d'officiers publics compétents pour procéder aux ventes publiques de fonds de commerce ? Sans entrer dans les détails, nous pouvons remarquer que l'un des principes qui servent à délimiter cette compétence est que, si les commissaires-priseurs ont reçu de par la loi mission de procéder aux ventes de meubles, ces attributions ne se rapportent qu'à des meubles corporels et, qu'en principe, la vente des meubles incorporels doit être réservée aux notaires. Or, étant donné qu'un fonds de commerce comprend, en général, des meubles de l'une et l'autre catégorie, va-t-on le décomposer pour partager la compétence ? Sur ce point, on est évidemment d'accord pour reconnaître qu'on ne saurait diviser ainsi l'acte de vente ; ceux qui tiennent en thèse pour l'indépendance juridique de chacun des éléments d'un fonds ne font pas difficulté pour faire cette concession.

« Il serait absurde, dit M. Wahl (1), il serait contraire à l'esprit de la loi de diviser à ce point de vue les divers éléments du fonds de commerce, de manière à ce que l'achalandage et les marchandises, le droit au bail et le matériel puissent appartenir à des acquéreurs différents, il faut nécessairement, pour que la vente soit possible, pour qu'elle produise du moins des résultats utiles, qu'elle soit faite *en bloc* par les soins d'un même officier ministériel ». Dès lors, on a discuté sur le caractère à attribuer à ce « *bloc* ». Ceux qui voulaient toujours en faire un bien incorporel s'appuyaient, en partie du moins, sur cette notion, pour réclamer, dans tous les cas, la compétence des notaires (2). Mais la jurisprudence s'est, en général, surtout dans les décisions plus récentes, rattachée à ce système intermédiaire que nous avons indiqué, et qui consistait à attribuer à l'ensemble le caractère incorporel ou le caractère corporel, suivant le caractère des éléments principaux ; d'après ce critérium, elle a admis pour certains cas la compétence des notaires (3), dans certains autres, au contraire, la compétence des commissaires-priseurs (4).

(1) Wahl, note précitée ; cf. Thaller, *Traité*, p. 516, note 1.

(2) Lèbre, n° 153 ; Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 235 ; Paris, 4 déc. 1823. S. 1822-1824, 2, 273 ; Cass. 27 fév. 1826. S. 1825-1827, 1, 286 ; Colmar, 30 janv. 1827. S. 1825-1827, 2, 323 ; Paris, 15 juin 1833. S. 33, 2, 339 ; Cass., 23 mars 1836. S. 36, 1, 161 ; Riom, 30 mars 1892, S. 94, 2, 237.

(3) Trib. civ. Lyon, 6 fév. 1895. Gaz. Pal. 95, 2, 359 ; Limoges, 17 fév. 1897. S. 97, 2, 170.

(4) Besançon, 27 juillet 1877 et Cass. req., 27 mai 1878. S. 78, 2, 133 et 1, 398 ; Cass. req. 25 juin 1895. S. 95, 1, 409, le rapport de M. le conseiller Petit et la note ; Lyon, 10 novembre 1896. S. 97, 2, 170 ; — cf. Pand. fr. Rép. v° *Commissaires-priseurs*, n°s 139-141 ; Fuzier-Herman, Rép. éod. v° n°s 83 et 84.

On pourrait rapprocher de ces applications d'autres applications analogues, qui montrent combien il est difficile d'établir des principes rigides dans la matière qui nous occupe. Par exemple, on a jugé que des constructions pourraient être considérés comme les accessoires d'un fonds de commerce, de telle sorte qu'elles pourraient être comprises dans une saisie-exécution avec l'achalandage et le matériel (1). C'est toujours cette idée, qu'il convient d'associer dans un traitement commun les divers éléments d'un fonds de commerce, que l'on pourra appliquer en ce qui concerne les formes de la saisie : les intéressés, saisi ou créanciers, peuvent demander que le fonds en bloc soit compris dans la même poursuite au lieu que celle-ci ne soit divisée d'après la forme particulière de chaque groupe d'éléments (2).

Une autre question, qui a soulevé encore, toujours dans le même ordre d'idées, des difficultés sur les caractères juridiques à attribuer au fonds de commerce est relative à l'application de la loi du 27 février 1880, concernant l'aliénation des valeurs mobilières appartenant à un mineur. Cette loi prescrit, on le sait, des formalités spéciales pour l'aliénation des valeurs mobilières et en général des meubles incorporels (art. 1, 2 et 4). Or, on reconnaît généralement que la loi s'applique pour tous meubles incorporels quelconques et par conséquent doit atteindre les fonds de commerce, si on leur reconnaît ce caractère. « Les termes généraux de la loi, dit M. Vigié, embrassent l'aliénation de tous les meubles incorporels, donc les aliénations de créances,

(1) Paris, 24 déc. 1888. Dal. Sup. Rép., v^o Vente, n^o 301.

(2) Garsonnet, *Traité de procédure*, t. IV, n^{os} 775 et 776.

rentes, *fonds de commerce*, offices, etc. » (1). D'ailleurs, il faut remarquer que la loi ne s'applique pas aux mineurs commerçants, ainsi que l'indiquent les travaux préparatoires. Quoiqu'il en soit, malgré que la question ne semble pas avoir eu beaucoup d'applications en jurisprudence, on peut signaler certaines décisions qui ont consacré cette solution que nous avons indiquée et qui est une conséquence du caractère de meuble incorporel attribué au fonds de commerce (2).

Autre point de vue : faut-il appliquer aux fonds de commerce l'art. 2279. C. Civ. ? Il est généralement reconnu que la règle « *en fait de meubles possession vaut titre* » ne vise que les meubles corporels ou réels, ceux qui sont susceptibles d'une tradition manuelle, elle ne s'applique pas aux universalités juridiques, par exemple à une hérédité même mobilière (3). Ici encore, on ne trouve pas d'applications bien nettes pour l'hypothèse spéciale que nous envisageons. Cependant, on rencontre des cas où la question s'est posée : par exemple, le même fonds a fait l'objet de plusieurs transmissions successives à des acquéreurs différents, ou, pour parler d'un cas plus pratique, le vendeur d'un

(1) Vigié, *Cours élémentaire de droit civil français*, 2^e édit. t. I^{er}, n^o 812 ; cf. id. n^o 861 ; adde : Lèbre, n^o 43 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n^o 244 bis.

(2) Paris, 3 mars 1897, Gaz. Pal. 19 mars, An. de Dr. Com. 97. B. J. pp. 402 et 403 ; sol. impl. analogue dans Besançon, 1^{er} oct. 1888. D. P. 90, 2, 90 ; — un arrêt de Bordeaux, 29 déc. 1890 (S. 91, 2, 221 et note), a bien admis la validité d'une aliénation d'un fonds de commerce faite sans l'accomplissement des formalités de la loi de 1880, mais il s'est inspiré uniquement de circonstances de fait.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, n^o 183 ; Vigié, *op. cit.*, t. III, n^o 1609 ; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n^{os} 839 et s. ; Dal. Sup. Rép. v^o *Prescription civile*, n^{os} 153 et s.

fonds de commerce demande la résolution de la vente au moment où ce fonds est passé dans les mains d'un tiers possesseur de bonne foi. Certaines décisions ont appliqué l'art. 2279, Civ., cependant, il faut avouer que les solutions ne sont pas très précises (1).

Mais, sans contredit, la catégorie d'hypothèses au sujet desquelles la question de la nature juridique des fonds de commerce a été le plus vivement et le plus nettement discutée au point de dominer le débat, est dans l'application du nantissement aux fonds. Nous avons déjà plusieurs fois signalé cette matière spéciale sur laquelle nous devons insister dans la suite. Il nous suffira de dire pour le moment que la jurisprudence, la jurisprudence civile tout au moins, appliquant le criterium que nous avons indiqué pour déterminer le caractère unique et global de l'universalité fonds de commerce, était arrivée ainsi, dans la plupart des cas, à reconnaître au fonds la qualité d'un meuble incorporel ; par suite, elle se contentait, pour la validité du nantissement, de formalités très simples, on peut dire même symboliques, sans les conditions gênantes que les règles ordinaires auraient exigées. Aujourd'hui, nous le savons, ce point de la controverse est réglé par le législateur, et les formalités imposées par la loi nouvelle suppriment à ce point de vue l'intérêt de la question de savoir s'il faut considérer le fonds de commerce comme un meuble incorporel. Par là, se trouve en même temps levée une partie notable de l'intérêt pra-

(1) Com. Seine, 29 oct. 1856 et Paris, 28 avril 1858. J. C. 7, 354 ; Com. Seine, 21 déc. 1895. J. trib. com. 1877, n° 13692, p. 159, *la Loi*, du 14 janvier 1896 ; cf. Lèbre, n°s 74 et 129 ; note dans *Annales de droit com.* 1896. B. j., p. 181 ; Thaller, dans *Annales de Dr. Com.* 1897. B. j., p. 104.

tique du problème de la nature juridique du fonds de commerce. Cependant, nous devons remarquer que la nouvelle disposition paraît bien attribuer au fonds de commerce des caractères juridiques particuliers, il nous faut dès maintenant les signaler.

Il ne nous paraît pas douteux que la loi du 1^{er} mars 1898 a entendu considérer un fonds de commerce comme un meuble incorporel, une universalité incorporelle. Cela résulte tout d'abord de la place donnée à la disposition nouvelle : elle est placée à la suite de l'art. 2075 du C. Civ., qui vise le gage des meubles incorporels, et forme une addition à cet article. Voici en effet la teneur modifiée de l'art. 2075 Civ. : « *Le privilège énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage. Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.* » Les travaux préparatoires semblent d'ailleurs être très décisifs dans le sens que nous indiquons. Il nous paraît utile de citer les termes même dans lesquels le rapporteur au Sénat, M. Thézard, justifiait la solution introduite par la loi (1). Après avoir rappelé la définition générale d'un fonds de commerce telle que nous la connaissons, l'honorable rapporteur ajoutait : « Il y a donc là un *ensemble indivisible* lequel a la *nature incorporelle*,

(1) *Journal officiel*, Sénat. Session extraordinaire de 1897 (séance du 23 décembre), annexe n° 94, p. 809.

bien que pouvant contenir des objets corporels, tel l'*hérédité* pour les jurisconsultes romains. C'est donc par le caractère de cet *ensemble* qu'il faut déterminer la règle à suivre ; les objets particuliers qui y sont compris ne sont que des accessoires ou des instruments qui doivent suivre le même sort. » Et plus loin : « En donnant aujourd'hui droit de cité au fonds de commerce parmi les *universalité de droit*, et en traçant pour sa dation en nantissement des règles appropriées à sa nature, nous supprimons par là même les exigences inutiles et sans objet auxquelles il avait fallu se résigner. »

Evidemment, il est incontestable qu'au point de vue des formalités du nantissement, la loi nouvelle, consacrant en quelque sorte le système de la jurisprudence civile antérieure, a attribué au fonds de commerce le caractère d'une « *universalité juridique* » présentant, en raison d'une unité spéciale, le caractère d'un *droit incorporel* ; de cette manière, chacune des valeurs particulières comprises dans l'universalité est considérée comme valablement engagée par cela seul que les formalités prescrites pour l'ensemble ont été remplies. C'est en ce sens, et dans ce sens seulement, qu'il faut entendre que la loi nouvelle a donné au fonds de commerce droit de cité parmi les *universalités de droit* comme le disait le rapporteur au Sénat. Mais, il nous paraît manifeste qu'on n'a entendu aucunement reconnaître par là au fonds de commerce la valeur d'une véritable universalité juridique qui aurait un patrimoine à elle affecté de droit selon la notion que nous avons eu plusieurs fois à signaler.

Quoiqu'il en soit, c'est cette notion du fonds de com-

merce meuble incorporel, qui nous paraît maintenant devoir être appliquée dans la conception ordinaire ; si la solution qui voit dans le fonds une universalité de nature incorporelle nous paraît avoir été souvent excessive avant la nouvelle loi, il nous semble que, désormais, il faut l'accepter en principe et se rallier au système des auteurs qui l'ont défendue (1) ; elle a au moins le mérite d'être plus simple et de laisser moins de place à l'arbitraire dans l'application.

Il convient maintenant d'insister sur cette notion d'universalité douée de caractères juridiques propres dont il existe, depuis la loi du 1^{er} mars 1898, une application certaine.

§ V. — *De certaines conséquences spéciales de la notion d'universalité appliquée aux fonds de commerce.*

En dehors de la question de savoir dans quelle classe de biens il faut ranger les fonds de commerce ou les éléments qui à un moment donné les composent, il y a des points plus particuliers qu'il convient d'examiner et vis-à-vis desquels la notion d'universalité peut entrer en jeu.

Quel que soit, en effet, le caractère reconnu à un fonds de commerce, le considérât-on comme dépourvu d'une nature juridique unique et globale, il reste encore à se demander si cette universalité n'est pas, dans une certaine mesure, indépendante des éléments qui la forment. En nous tenant à la méthode que nous

(1) Cf. dans ce sens : Rossy, *Des cessions de portefeuille et des réassurances générales*, thèse Paris, 1899, pp. 253-256.

avons adoptée, nous suivrons la question d'après ses applications pratiques.

Il paraît que la conception juridique d'universalité a, en matière de fonds de commerce, des applications très lointaines que l'on peut retrouver jusque dans le droit romain. Les anciens commentateurs et nos anciens auteurs ont souvent signalé la solution qu'on en déduisait au sujet de l'hypothèque d'une *taberna*, et ont invoqué notamment en ce sens la loi 34. pr. D. *de pignoribus et hypothecis* (1). Ce texte, en effet, supposant une hypothèque constituée sur le stock de marchandises qui garnit la boutique (*taberna*) d'un marchand, relève cette particularité que le droit réel ne porte pas sur ces marchandises individuellement envisagées, mais sur l'ensemble qu'elles forment considéré comme *universitas* distincte des éléments particuliers qui la constituent ; peu importe que les marchandises se renouvellent, l'universalité conserve son identité et reste soumise à l'hypothèque qui par conséquent atteindra les marchandises nouvelles entrées dans cette universalité. C'est, en effet, de cette manière que les parties ont entendu faire fonctionner l'hypothèque (2).

(1) D. XX. 4. « *Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quæsitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernæ appellatione merces, quæ in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia, quæ ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint, et res aliæ illatae? Respondit : Ea quæ mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.* » — Cf., dans un sens analogue, L. 13, pr. D. *de pign. et hyp.* sur l'hypothèque d'un troupeau (*grex*).

(2) V. Clos, *De l'hypothèque des choses incorporelles*, thèse, 1886, pp. 24

C'est surtout en se référant à cette application spéciale que les anciens commentateurs ont défini la *taberna*, ou fonds de marchandises d'une exploitation en activité, comme un *corps universel* doué d'une existence propre (1).

Ces notions se retrouvent discutées dans les controverses auxquelles a donné lieu, il y a déjà longtemps, la question de l'usufruit d'un fonds de commerce. Nous devons consacrer à cette question quelques lignes. — *Question de l'usufruit d'un fonds de commerce.*

C'est là, disons nous, un sujet sur lequel on paraît avoir discuté beaucoup autrefois, et dans lequel se trouve mêlée la notion spéciale de fonds de commerce.

Voici la forme sous laquelle se trouve généralement présentée une des principales questions que l'on ait agitée dans le débat : un fonds de commerce est-il un *corps certain* ou une chose fongible ? Est-il susceptible d'un véritable usufruit ou d'un quasi-usufruit seulement ?

On a soutenu anciennement qu'un fonds de com-

et s. ; Moulin, *De l'hypothèque des choses incorporelles*, thèse, Paris, 1892, pp. 143-148. — Cf. Proudhon, *Traité des domaines de propriété*, t. I, n° 201 ; Demolombe, *Cours de Code civil*, t. IX, n° 403 ; Troplong, *Du contrat de mariage*, t. IV, n° 3160 et s. ; — G. Hartmann, *op. cit.*, pp. 8 et s., 23 et s.

(1) « *Taberna, dit de Luca (de usuris), dicitur jus universale et de ratione... distinguendo merces singulares ab hujusmodi corporibus universalibus.* » — Bartole appelle le fonds de commerce : « *universitas mercaturæ* », « *nomen universitatis sicut grex pecudum, et idcirco licet merces mutantur, tamen eadem videtur esse taberna...* » ; — même doctrine dans Brunemann, « *Taberna ut horreum quoddam corpus universale quod nunquam interit.* » Citations dans Troplong, *Du contrat de mariage*, t. IV, n° 3160 et s. ; et Merlin, *Rep. v° Usufruit*, t. IV, n° 8.

merce forme une chose fongible qui n'est susceptible que d'un quasi-usufruit. Il est vrai que cette conception se rattache à la notion restreinte qui ne voit dans un fonds de commerce qu'une universalité de marchandises, de choses fongibles par conséquent. C'est ce que suppose Proudhon, par exemple, qui, considérant le fonds de commerce comme universalité de marchandises à vendre, en déduit que le fonds est une chose fongible dont l'usufruitier devient propriétaire à charge de restituer la valeur représentative (1). Plusieurs anciens arrêts donnent une solution analogue (2).

Cependant, cette conception n'était pas adoptée sans discussion, on se demandait s'il ne fallait pas reconnaître au fonds le caractère d'un tout subsistant malgré la fongibilité des parties composantes. Et, l'on faisait intervenir la notion d'universalité même dans cette notion restreinte d'un fonds de boutique, c'est-à-dire surtout d'un assemblément de marchandises.

Empruntons au Répertoire de Merlin (3) quelques-unes des considérations que l'on faisait valoir pour appuyer cette idée d'universalité : « Un fonds de commerce, disait-on, ne consistât-il que dans un négoce de blé, de vin, d'huile ou de toute autre chose fongible, ne cesserait pas pour cela d'être un *individu très distinct*, et un *corps certain et inconsomptible*, parce que le fonds de commerce est un *tout* qui, au lieu de souffrir

(1) Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, t. II (1833), n^{os} 1845 et s.

(2) Cass. 9 messidor, an XI. S. 1791-an XII, 1, 823 ; Rouen, 5 juil. 1824. S. 1822-1824, 2, 398 ; Toulouse, 18 déc. 1832. S. 33, 2, 809.

(3) Répertoire, v^o *Usufruit*, § 4, n^o 8, p. 382.

de la mobilité, de la fongibilité, si l'on veut, de ses parties, s'entretient au contraire, se conserve et prospère par cette mobilité même, il ne consomme que pour remplacer, et plus il multiplie ses remplacements, plus il augmente ses bénéfices. Le fonds de commerce étant un *corps*, il se classe nécessairement dans l'une des 3 divisions indiquées par le jurisconsulte Ulpien dans la loi 30 D, *de usucapionibus*, le *corps simple ou uni*, le *corps universel connexe*, et le *corps universel distant*. Il n'est pas un *corps simple*, parce que son nom ne présente pas à notre esprit l'idée de toutes ses parties, *non continetur uno spiritu, ut homo, lapis*, etc. Il n'est pas un *corps universel connexe*, parce qu'il ne se compose pas de parties nécessairement cohérentes entre elles pour former le tout : *Non ex pluribus inter se cohærentibus constat, ut ædificium, navis, armarium*, etc. Mais, il est un *corps universel distant*, parce qu'il se compose de corps particuliers qui, quoique séparés par leur nature, se réunissent sous la seule et même notion de fonds de commerce. *Ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex*, etc. C'est d'après ce principe que les Institutes § 18, *de legatis*, déclarent que l'individualité appartient au corps universel distant comme au corps universel connexe : *Est gregis unum corpus, ex distantibus capitibus, sicut ædium unum corpus est, ex cohærentibus lapidibus*, etc. » On voit qu'on avait soin de faire appel aux notions romaines. Quoiqu'il en soit, c'est cette idée que le fonds de commerce, même réduit à sa plus simple expression, forme un corps universel susceptible d'un usufruit vérita- ble, qui a depuis longtemps triomphé. Nous la trou-

vons nettement exprimée dans Troplong (1) : « Il est certain que le fonds de commerce est un *droit incorporel* qui comprend sans doute des choses fongibles et renouvelées mais qui subsiste dans le roulement incessant des valeurs dont il est composé. » «.... Le fonds de commerce est une *individualité inconsomptible* qui vit sans cesse par le mouvement, l'échange et le remplacement des choses sur lesquelles s'exerce le négoce, qui par conséquent ne peut être considérée comme chose fongible ».

A plus forte raison, cette conception du fonds de commerce envisagé comme universalité doit elle s'affermir dans la notion moderne où l'on n'envisage plus le fonds comme composé surtout d'un stock de marchandises, mais comme la réunion plus complexe des différents éléments d'une exploitation commerciale. Aussi, la doctrine et la jurisprudence actuelles sont fixées, peut-on dire, sur ce point, qu'il faut, au point de vue de l'usufruit, envisager le fonds de commerce comme une universalité indépendante de la mobilité de certains de ses éléments (2). « Un pareil fonds, disent à ce point de vue MM. Aubry et Rau, (3) constitue une sorte d'universalité (*universum corpus*), qui continue de subsister tant par la conservation des objets qui ne sont pas destinés à être vendus que par le renouvel-

(1) Troplong, *op. et loc. cit.*; — v. une notion semblable nettement exprimée aussi dans Cass., 10 avril 1814. S. 1812-1814, 1, 553.

(2) Aubry et Rau, 5^e éd., t. II, n° 236, p. 740; Laurent, t. VI (1878), n° 417 et s.; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 583; Huc, *Commentaire théorique et pratique du C. civ.*, t. IV, n° 183; — Cass., 13 déc. 1842. S. 43, 1, 22; Aix, 12 mars 1878. S. 78, 2, 265; Cass. civ., 26 fév. 1894. S. 95, 1, 102; Dal. Rép., v° *Usufruit*, n° 208.

(3) Aubry et Rau, 5^e éd., t. II, n° 236, p. 740.

lement successif des marchandises qui en font partie. »

En envisageant ainsi un fonds de commerce comme une universalité, il faut incontestablement lui reconnaître le caractère d'un *corps certain* susceptible d'un véritable usufruit : par conséquent, en principe, l'usufruitier d'un fonds n'en deviendra pas propriétaire, dès lors, il n'aura pas le droit de le vendre (1) ; de plus, si l'usufruitier, qui est commerçant puisqu'il exploite, vient à tomber en faillite, le nu-propriétaire ne sera pas réduit à concourir sur le fonds comme créancier, mais peut le revendiquer contre la masse sauf au syndic à faire vendre l'usufruit au profit des créanciers.

Les marchandises, qui sont dans le fonds donné en usufruit, doivent être considérées comme restant la propriété du nu-propriétaire ; alors même qu'elles soient renouvelées, elles rentrent dans la même universalité et, à la cessation de l'usufruit, le nu-propriétaire pourra revendiquer ces objets qui tiennent la place des anciens ; un arrêt lointain de la Cour de Cassation (2) exprime très bien, selon nous, l'idée exacte, en disant que le nu-propriétaire peut revendiquer les marchandises nouvelles comme étant « *subrogées* » aux anciennes. On a cependant essayé de prétendre que, même en acceptant l'idée que le fonds est une universalité et que l'usufruitier n'en devient pas propriétaire, il faut mettre à part les marchandises qui conservent

(1) V. cependant un arrêt d'Aix, 12 mars 1878, précité, qui, tout en décidant que le fonds est une universalité dont l'usufruitier ne devient pas propriétaire, décide, cependant, que la vente du fonds, faite par l'usufruitier, sans le concours du nu-propriétaire, pourra être reconnue valable si elle a été faite pour un prix suffisant.

(2) Cass., 10 avril 1814. S. 1812-1814, 1, 553.

leur caractère de choses fongibles et dont l'usufruitier devient propriétaire à charge de restituer un équivalent (art. 587. Civ.) (1). Mais, c'est là une solution contraire au genre particulier de l'usufruit d'un fonds de commerce et à l'intention des parties : on a donné en usufruit un établissement commercial garni de marchandises et comme bloc ; l'usufruitier pourra vendre les marchandises, cela est évident, non comme propriétaire, car, elles rentrent dans cette universalité qui reste la propriété du nu-propriétaire, mais, ainsi qu'on l'a dit fort justement, comme administrateur du fonds (2).

Ainsi, c'est de cette notion du fonds de commerce universalité qu'il convient de s'inspirer dans cette matière spéciale de l'usufruit.

— En dehors de la question de l'usufruit d'un fonds de commerce, cette même notion de l'universalité a fourni plusieurs applications intéressantes.

Voici un exemple : après la dissolution de la communauté, un des époux est resté en possession du fonds de commerce qui en dépendait ; un créancier personnel de cet époux peut-il faire saisir les marchandises de ce fonds de commerce avant la liquidation et le partage ? Non, a-t-on dit avec raison ; le créancier prétendrait en vain que les marchandises qu'il veut saisir ne sont pas les mêmes que celles qui garnissaient le fonds au moment de la dissolution de la communauté ; un fonds de commerce conserve, en effet, son existence indivi-

(1) Note Wahl, sous Cass., 26 fév. 1894, précité.

(2) Laurent, *op. cit.*, n° 422 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *op. cit.*, n° 583, Huc, *op. cit.*, n° 183 ; — v. une application intéressante, au point de vue de l'enregistrement, dans Cass., 26 fév. 1894, précité.

duelle dans le renouvellement successif des marchandises qui le composent (1).

Nous aurons l'occasion de relever des applications, toujours de la même notion, au sujet de l'exercice du privilège et de l'action en résolution du vendeur d'un fonds de commerce.

Mais surtout, l'étude des nantissements de fonds de commerce, tels qu'ils sont réglés par la loi du 1^{er} mars 1898, nous fournira sur ces points des indications particulièrement notables; comme nous l'avons dit, la notion d'universalité, dans son adaptation aux fonds de commerce, est aujourd'hui légalement consacrée, et nous aurons à voir comment la nouvelle institution du nantissement des fonds de commerce contient le développement de ces principes sur l'hypothèque d'un fonds considéré *ut universitas* dont nous avons aperçu le germe dans certain texte des lois romaines.

Ainsi, nous avons montré que la notion d'universalité appliquée aux fonds de commerce était loin d'être une idée stérile; au contraire, elle produit des effets juridiques très caractérisés. C'est en pénétrant plus profondément ces applications dont nous n'avons pu encore indiquer que le principe que l'on se rend compte de la portée exacte de ces diverses conceptions

.

Nous nous sommes attaché, dans l'analyse que nous avons essayé de faire, à suivre, pour ainsi dire pas à pas, la notion usuelle, en nous efforçant d'indiquer la forme juridique de cette catégorie spéciale de biens que

(1) Paris, 22 mars 1834. S. 34, 2, 190; Paris, 30 juin 1855. S. 56, 2, 614; Paris, 24 avril 1858. S. 58, 2, 477; Lèbre, p. 13.

dans le langage courant, on désigne sous le nom de fonds de commerce.

Il est bon de résumer les quelques données que peut fournir cette discussion : *Un fonds de commerce, dans la notion spéciale qu'exprime le mot, se présente comme un ensemble de valeurs de nature diverse groupées par une idée d'exploitation commerciale, concourant entre elles pour une fonction commune, et de ce chef exerçant les unes sur les autres une certaine « réaction de valeur »*. Ce sont, en somme, les principaux éléments qui marquent à un moment donné l'individualité d'un établissement déterminé ; une certaine expression de cette individualité se trouve dans la valeur achalandage ou clientèle ; à côté de cet élément plus ou moins vague, il y a d'autres éléments plus saisissables qui expriment l'état d'une exploitation : droit au bail, matériel, marchandises, etc. Envisagés isolément, ces biens qui rentrent dans la composition d'un fonds de commerce sont généralement de nature juridique différente ; cependant, l'ensemble qu'ils forment peut être considéré comme doué d'une unité spéciale qui le fera ranger, au point de vue du classement juridique des biens, dans la catégorie des meubles incorporels ; nous disons meubles, parce que, malgré la logique, même en donnant au fonds de commerce le caractère d'un tout juridique, on traitera à part les immeubles affectés à l'exploitation. De plus, à certains points de vue, le fonds de commerce formera une universalité, nous ne dirons pas une universalité juridique à cause de l'imprécision de la terminologie, mais une universalité qui est revêtue de caractères juridiques propres.

Au total, il est facile d'apercevoir combien la matière reste vague, et pour quelles raisons il est impossible de donner toutes les précisions désirables. Nous aurons l'occasion de relever souvent des notions contradictoires : dans tel cas, par exemple, le fonds sera traité comme universalité distincte des éléments qui le composent, dans d'autres, au contraire, on le décomposera plutôt en ses valeurs composantes distinctement envisagées.

C'est que, comme nous l'avons dit plusieurs fois, la notion de fonds de commerce peut prendre suivant les situations une portée extrêmement variable : entre la notion la plus générale et la notion la plus restreinte, il y a place pour beaucoup d'idées intermédiaires auxquelles on pourra faire des emprunts. Pourtant, il reste toujours des principes directeurs que l'analyse juridique parvient à dégager, nous nous sommes efforcés de les mettre en relief dans la discussion nécessairement confuse de la notion fonds de commerce. Il ne sera pas inutile de posséder quelques données fondamentales avant de pénétrer directement sur le terrain des applications.

DEUXIEME PARTIE

Des cessions de fonds de commerce.

—

PRÉAMBULE

De tous les actes juridiques dont un fonds de commerce peut être l'objet, c'est évidemment la cession qui est le plus notable, c'est elle, on peut le dire, qui met le mieux en relief la signification qui s'attache à la notion de fonds de commerce. Par cession, nous entendons transmission en pleine propriété. Sans doute, un établissement commercial, un fonds de commerce, peut être donné en location ou faire l'objet d'une constitution d'usufruit, mais ces combinaisons sont en pratique peu usuelles et beaucoup moins fréquentes que les cessions véritables. La transmission d'un fonds de commerce peut être à titre gratuit, il peut s'agir notamment d'une transmission par voie héréditaire; on voit ainsi, dans des familles de commerçants, des établissements administrés par des générations successives qui se le transmettent de l'une à l'autre. Quelquefois, un commerçant opérera de son vivant la dévolution de sa succession commerciale, et réglera, par des arran-

gements de famille, la destinée de son fonds (1). Mais, le plus souvent, l'acte que l'on aura à envisager sera une cession à titre onéreux, faite moyennant un prix; aussi bien, est-ce le type que nous considérerons surtout.

La cession d'un fonds de commerce à titre onéreux est en somme une vente, c'est même la qualification qui lui est en général donnée. Cependant, nous adopterons de préférence le terme *cession* qui nous paraît beaucoup mieux approprié aux caractères, très particuliers souvent, de ce genre d'actes et de leur objet.

Ces transmissions de fonds de commerce sont de nos jours excessivement fréquentes. Elles n'affectent pas toujours la même forme : ainsi, au lieu d'une cession proprement dite, on rencontrera souvent un apport en société ; un individu, qui jusque-là exploitait seul son commerce, prend un associé pour le gérer désormais en commun ; une société en nom collectif se transforme en société anonyme à laquelle les associés originaires font apport de leur établissement ; deux sociétés fusionnent en réunissant leurs fonds respectifs, etc. A certains égards, par la multiplicité des opérations auxquels ils donnent lieu, les fonds de commerce prennent en quelque sorte le rôle d'objets de spéculation et pour ainsi dire de véritables marchandises. Il y a des individus qui font en une certaine manière profession d'acheter ou de créer des établissements pour les revendre. Dans les grandes villes, notamment à Paris, il existe une classe spéciale d'agents d'affaires,

(1) Cf. Thaller, *Traité*, p. 61, note 1.

d'intermédiaires, qui s'emploient à faciliter les transactions de ce genre. Une foule d'agences, de comptoirs, de banques spéciales, sont organisés pour ce service, ils se répartissent même souvent en catégories distinctes suivant les classes de fonds transmis. A côté des professionnels, soumis à la patente, qui exercent le rôle de commissionnaires en fonds de commerce ou d'industrie, se trouvent dans une certaine sphère, les innombrables « marchands de fonds », « placiers de fonds », et les intermédiaires plus ou moins occasionnels qui, sans signe extérieur d'une profession spéciale, s'occupent de ce genre d'affaires (1).

Le développement que prennent tous les jours ces cessions d'entreprises, ces transmissions de fonds de commerce, est surtout remarquable si on le compare aux conditions anciennes de l'organisation du commerce. Autrefois, les professions étaient beaucoup plus stables dans les familles ; le même métier, la même exploitation, passaient successivement d'une génération à la suivante ; les variations dans l'organisation des entreprises étaient ordinairement fort restreintes. De nos jours, au contraire, ces successions héréditaires à la profession, bien qu'encore fréquentes, ne le sont plus comme jadis ; bien souvent, trop souvent même, les enfants embrassent d'autres carrières que celles de leurs parents, il y a beaucoup moins de transmissions d'établissements commerciaux par héritage, beaucoup plus de cessions extra-familiales. Le développement de l'esprit d'entreprise, les progrès de la libre concurrence,

(1) V. sur le caractère juridique de ces intermédiaires : Pelissier, *Vente de fonds de commerce* (1898), pp. 90-210 ; Cf. Lèbre, *op. cit.*, pp. 223-245.

ont, d'autre part, apporté dans l'organisation des exploitations, en même temps qu'une grande variété, une mobilité très sensible.

Quoiqu'il en soit, les cessions de fonds de commerce constituent, par leur fréquence, par leur importance, par les particularités qu'elles présentent, une catégorie d'opérations du plus haut intérêt. Nous verrons comment elles se distinguent dans le droit par des effets très caractéristiques. Comme nous l'avons dit, nous nous tiendrons surtout au type d'une cession à titre onéreux, de la transmission d'un fonds de commerce contre le paiement d'un prix de vente. Des distinctions sont encore possibles : à côté des cessions volontaires, on rencontre les cessions forcées, telles que celles qui interviennent à suite de faillite. En principe, nous supposerons une cession volontaire librement intervenue entre les parties, ce qui ne nous empêchera pas de signaler à l'occasion les particularités remarquables pour d'autres hypothèses. Si nous nous attachons de préférence au type que nous avons indiqué, c'est, d'abord, parce qu'il se rencontre le plus usuellement dans l'application courante, ensuite, parce qu'en définissant les règles qui s'y rapportent, on détermine la plus large compréhension du sujet, ce qui permettra facilement d'en extraire les notions plus spéciales.

Il nous reste, avant d'entrer directement dans l'étude que nous nous sommes fixée, à indiquer la méthode qui nous guidera.

La cession à titre onéreux d'un fonds de commerce a, nous l'avons dit, les caractères généraux d'une vente. Elle est soumise, en conséquence, aux principes généraux qui gouvernent la vente et particulièrement la

vente commerciale. Il faudrait donc, à vouloir étudier minutieusement et complètement le sujet, rappeler, pour leur application aux fonds de commerce, ces règles du droit commun. Nous préférons cependant les supposer une fois pour toutes établies, et nous attacher surtout aux indications plus spéciales à notre matière.

Ainsi, nous laisserons de côté ce qui se rapporte aux conditions ordinaires de la formation des contrats, touchant le consentement, la capacité des parties, etc. Au contraire, il conviendra de définir ce qui constitue l'objet dans les cessions de fonds de commerce, et, vu son caractère généralement très spécial et très complexe, d'indiquer comment il doit être considéré par rapport aux effets principaux de la cession. Parmi ces effets, nous aurons soin de relever les modes les plus caractéristiques par lesquels se réalise une succession commerciale ; cela contiendra implicitement les applications remarquables de ces obligations qu'entraîne généralement une vente et, notamment, de l'obligation de garantie dont est tenu tout vendeur. Dans ce qui est relatif à l'obligation spéciale du cessionnaire, à savoir de payer le prix convenu, nous toucherons une question curieuse de forme ; les cessions de fonds de commerce ne sont soumises de par la loi à aucune forme ni publicité spéciales, nous verrons comment la coutume commerciale a cherché à combler la lacune, en établissant un mode de publicité auquel sont attachés des effets fort notables concernant le règlement du prix de la cession. Une autre question intéressante est celle de savoir dans quelles conditions peuvent fonctionner, pour le cédant d'un fonds de commerce, les garanties qui doivent assurer l'exécution de la convention à son égard ; c'est un

point dont la portée pratique mérite d'être signalée. Nous compléterons enfin ces notions en indiquant les principes d'une réglementation particulière à laquelle le législateur a soumis les cessions de fonds de commerce sur le terrain du droit fiscal.

Notre méthode, on le voit, est plus empirique que rigoureuse. Elle nous a paru cependant préférable en ce qu'elle avait l'avantage de grouper, sous des chefs nettement dégagés, les principales questions qui distinguent notre sujet. En somme, la matière n'en sera pas moins envisagée dans son ensemble, seulement on aura mis en saillie les points qui méritent une attention plus précise.

CHAPITRE PREMIER

DE L'OBJET DANS LES CESSIONS DE FONDS DE COMMERCE

Section première. — Quel est l'objet d'une cession de fonds de commerce.

La cession d'un fonds de commerce implique un objet qui doit passer du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire. Quel est cet objet, quel est le contenu de la cession ?

De même qu'on ne peut définir de façon précise ce qu'est un fonds de commerce, de même on ne peut déterminer *a priori* et formellement ce qui forme l'objet d'une cession du genre que nous supposons. La notion de fonds de commerce, nous le savons, peut associer des éléments très divers groupés entre eux par un lien de destination ou de dérivation communes. Ces éléments sont suivant les cas très variables. De plus, nous avons dit que, pour un cas donné, les valeurs qui entrent dans la composition d'un fonds ne sont pas soudées les unes aux autres par un lien juridique nécessaire, qu'au contraire elles restent en principe séparables. Le négociant pourra disperser les objets qui composent son organisation commerciale, il pourra céder les uns en conservant les autres, aliéner par exemple son matériel en conservant son enseigne, ses brevets, etc.

Mais, en fait, nous l'avons encore dit, l'organisation commerciale présente des formes et des aspects généraux que l'on rencontre ordinairement dans les diverses applications ; et, si aucune jonction nécessaire n'assemble les diverses valeurs qui peuvent former un fonds de commerce, elles n'en sont pas moins associées par un intérêt ou un besoin pratique très puissants qui en consolident le groupement ; aussi, loin d'être dispersées, font-elles le plus souvent l'objet d'une disposition commune, d'une transmission en bloc.

Pour ces raisons, comme on peut déterminer certains éléments typiques qui trouvent ordinairement leur place dans la notion de fonds de commerce, ainsi, on peut définir ce qui constitue en général l'objet d'une cession de fonds, en donnant comme base que le but d'une telle cession est, en principe, de mettre le cessionnaire à même d'exercer le commerce dans les mêmes conditions que le cédant.

Nous verrons alors intervenir surtout cette notion dont nous avons eu à parler plusieurs fois déjà : celle de clientèle ou d'achalandage. Et l'on peut dire, en effet, que ce qui caractérise une cession de fonds de commerce, c'est d'opérer la transmission de ce droit d'exploiter la situation commerciale acquise à un établissement déterminé, de jouir des relations qu'il s'est créées, de bénéficier de la notoriété qu'il s'est faite. Sans doute, il n'est pas toujours possible de discerner la valeur achalandage des autres éléments composant le fonds ; cependant, elle n'en existera pas moins en somme quoique incluse, en quelque sorte, dans telle ou telle autre forme de bien, droit au bail, brevets, etc. Cette transmission de ce droit essentiellement imprécis

et insaisissable est évidemment aléatoire ; un négociant cède à tel autre ses clients, mais ceux-ci consentiront-ils à venir au nouveau chef de l'exploitation ? Cette indétermination rend nécessairement très délicate et fort incertaine l'appréciation d'une valeur pareille ; on ne pourra calculer que des probabilités, d'après les comptes antérieurs, les chiffres d'affaires révélés par les livres, etc. Les parties peuvent laisser ainsi à l'acte ce caractère hasardeux ; cependant, il arrivera souvent qu'elles donneront des limites à l'alea. Fréquemment, en pratique, le cédant garantit *un minimum de recettes*, un chiffre moyen de bénéfices : le cessionnaire, induit en erreur par de fausses indications, pourra demander une réduction du prix, quelquefois même la résolution de la cession. Pour éviter l'arbitraire de l'évaluation des tribunaux, les parties ont souvent soin de fixer elles-mêmes le taux de la réduction, ou même celui de l'augmentation, si le produit de l'exploitation dépassait une certaine limite : évidemment, la manière dont se régleront tous ces points se fixera d'après les conventions et les circonstances (1). Quoiqu'il en soit, il n'y aurait pas vraiment cession de fonds de commerce si, pour un établissement qui a certaines relations établies, l'acte ne transmettait pas au successeur le droit d'en jouir, il n'y aurait qu'une

(1) V. comme exemples de décisions ayant ordonné une *réduction du prix* pour infériorité dans les recettes par rapport au chiffre déclaré : Paris, 3 mars 1897, *Gaz. Pal.*, 21-22 mars, *Annales de droit commercial*, 1897, B. j. p. 103 (note Thaller) ; Paris, 19 juin 1894, *Journ. des trib. de comm.*, t. XXXXIV, p. 442 ; Cass., 15 fév. 1898, D. P. 98, 1, 192 et note, — et, comme exemple de décision ayant prononcé la *résolution* « de la cession », Tribunal fédéral Suisse, 4 juillet 1896, *An. de d. com.*, 1897, p. 132. — Cf. Lèbre, n^{os} 24, 131.

simple aliénation d'un matériel, de marchandises, etc., qui n'aurait en soi rien de particulier. Aussi, n'y a-t-il aucune difficulté à poser que ce que les parties ont entendu accomplir en déclarant opérer entre elles une cession de fonds de commerce est présumé comprendre la cession de l'achalandage ou clientèle (1). Cette cession elle-même comprend, en principe, et sauf des stipulations contraires qui seront en fait très rares, le droit pour le cessionnaire de jouir des divers attributs qui marquent l'individualité d'un établissement et consacrent sa réputation : ainsi, on dira, en ce sens, que l'enseigne, la raison de commerce, suivent l'achalandage (2), qu'il en est de même pour les marques (3) ; il faudra dire encore qu'en principe le cessionnaire recueillera le droit de se prévaloir des récompenses, médailles et autres, accordées à la maison de commerce, suivant une distinction que nous connaissons, etc. Surtout, le successeur recevra en une certaine mesure le nom de son cédant ; c'est là un point que nous aurons à mettre en relief en étudiant plus spécialement les moyens caractéristiques qui servent à réaliser une cession commerciale.

Un des éléments qui s'introduit d'ordinaire dans les cessions de fonds est le droit au bail des locaux où le commerce est exploité. Le cas, en effet, où le négociant

(1) Lèbre, nos 56, 57 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 245 ; Thaller, *op. cit.*, n° 72 ; Dal. Sup. Rép., v° *Industrie et commerce*, n° 499.

(2) Pouillet, *Traité des marques de fabrique*, (1883), n° 712 ; Dal. Rép., v° *Ind. et comm.*, n° 363 ; Dal. Sup. Rép., v° et *loc. cit.* ; Lèbre, nos 56 et s. ; Lyon-Caen et Renault, *op. et loc. cit.*, Req. 24 mars 1889, D. P., 89, 4, 370.

(3) Pouillet, *op. cit.*, n° 98 ; Lèbre, n° 67 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 245 bis ; Dal. Sup. Rép., v° *Ind. et comm.*, n° 197.

est locataire, est particulièrement fréquent ; sous forme de cession du droit au bail, on cédera notamment les avantages d'une position favorable ou commode, quelquefois le bénéfice d'un loyer relativement peu onéreux. Les clauses de cession du droit au bail sont si usuelles en notre matière qu'on a pu les présumer dans certains cas, notamment quand il s'agit d'un commerce de détail (1). Il arrive même assez fréquemment que le cédant prend l'engagement de faire obtenir à son successeur une prolongation du bail en cours. Si le commerçant était propriétaire des locaux où il exerce son commerce, la cession pourrait comprendre la transmission de ces immeubles.

D'ordinaire, la cession comprend le matériel d'exploitation, et le stock de marchandises en magasin que cependant on estime souvent à part.

D'ailleurs, ces divers éléments ne sont pas nécessairement englobés dans l'acte, et, d'autre part, il peut en contenir bien d'autres : brevets d'invention, secrets de fabrication, dessins industriels, spécialités, concession administrative, etc., toutes les valeurs qui se rattachent à une exploitation.

Le plus souvent, un inventaire quelconque catalogue les objets de l'aliénation ; quelquefois, un prix spécial est fixé pour chacun d'eux. Il faut bien d'une manière ou d'une autre définir exactement le contenu de l'acte, puisqu'un fonds de commerce n'a pas une consistance rigide susceptible d'être exprimée dans une formule générale absolument précise.

(1) Trib. comm. Marseille, 9 mars 1898, *Recueil de Marseille*, 1898, p. 414.

Dans l'énumération des éléments qui peuvent se trouver enchâssés dans une cession de fonds de commerce, nous avons volontairement omis jusqu'ici ce que nous appellerons les rapports juridiques créés et encore en fonction, au moment de la cession, entre le cédant et des tiers. Le propre d'une exploitation commerciale est, nous le savons, d'engendrer autour d'elle un ensemble de relations dont on peut exprimer suivant les points de vue l'état par des termes divers : créances, dettes, contrats synallagmatiques etc. Il y a de ces rapports qui ont avec l'exploitation un lien particulièrement intime ; d'une manière générale, il faut se demander si l'exploitation, en passant en d'autres mains, ne les entraînera pas. Nous avons eu plusieurs fois l'occasion de dire que la cession d'un fonds de commerce n'emportait pas *ipso jure* et brutalement la transmission de tous les éléments qui expriment l'état d'une organisation commerciale, que, notamment, créances et dettes dérivées de l'exploitation antérieure ne passent au successeur que tout autant que telle aura été l'intention des parties. C'est là une règle vraie pour tous les éléments d'un fonds, quels qu'ils soient. Cela n'empêche pas qu'il n'y ait grand intérêt à se demander comment pourra être réalisée la transmission de ces relations juridiques particulières formées dans la gestion antérieure à la cession. La question n'est pas seulement théorique, mais essentiellement pratique ; nous avons fait apercevoir une de ses applications fort discutée en Allemagne : le transport du passif commercial. Elle mérite une attention spéciale ; aussi, nous l'envisagerons distinctement. On la traite séparément en général, on l'omet même souvent dans l'étude des

cessions de fonds de commerce ; pour le moment, nous nous contenterons de cet aperçu, et nous nous en tiendrons à cette idée qu'à côté des éléments qui sont désignés comme objets ordinaires des cessions de notre genre, il peut s'en trouver d'autres plus particuliers et plus complexes.

Au total, sans pouvoir circonscrire nettement la portée d'une cession de fonds de commerce, on peut concevoir son objet comme étant ordinairement représenté par une réunion d'éléments divers dont certains sont particulièrement distinctifs. Cet objet est donc en général complexe ; on peut, soit le considérer dans son ensemble, soit le diviser d'après les éléments qui le constituent. A ces points de vue, il importe de fixer la manière dont il se comportera par rapport à certains effets principaux de la cession.

Section II. — Comment se comporte l'objet par rapport aux effets principaux de la cession d'un fonds de commerce.

La question est surtout intéressante eu égard à certains des effets normaux de la cession : transfert de la propriété, obligation de délivrance, obligation de garantie.

A) L'objet de la cession d'un fonds de commerce par rapport au transfert de la propriété.

Inter partes, la cession emporte, en principe, transfert de l'objet de la tête du cédant sur celle du cessionnaire ; sur ce point, pas de difficultés sérieuses. Mais comment le transfert s'opérera-t-il à l'égard des tiers ? La question, étant donnée la complexité de la notion de

fonds de commerce, comporte des distinctions. Il y a, tout d'abord, une solution acceptée sans conteste : c'est qu'en envisageant isolément les divers éléments qui sont compris dans la cession d'un fonds, le transfert de la propriété à l'égard des tiers n'a lieu, pour chacun de ces éléments, que suivant les principes généraux du droit. « S'il y a cession d'un fonds, dit M. Saleilles, cette cession ne suffit pas à opérer le transfert de chacun des droits et valeurs qu'il comprend, encore faut-il procéder pour chacun d'eux aux modes de transmission qui lui sont propres, à supposer bien entendu qu'il s'agisse de choses dont l'aliénation ne résulte pas de la seule convention (1). » Il est facile de préciser par des exemples : le cessionnaire du fonds sera primé par un acquéreur des marchandises qui serait de bonne foi en possession réelle (Art. 1141 et 2279 Civ.), par un cessionnaire de la créance comprise dans la cession qui aurait rempli avant lui les formalités prescrites par l'art. 1690 Civ., la règle s'appliquerait notamment pour le droit au bail ; de même, si l'aliénation comprenait des brevets d'invention, le cessionnaire du fonds serait écarté par un cessionnaire du brevet qui aurait fait enregistrer avant lui au secrétariat de la préfecture (art. 20, loi du 3 juillet 1844, etc.).

Mais, la question peut se présenter sous une autre face : au lieu d'envisager les éléments isolés du fonds, on peut le considérer comme *universitas* et se demander à ce titre comment s'opère le transfert.

(1) Saleilles, *Cession de dettes*, *op. cit.*, p. 33 ; cf. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 246 ; — ce sont des principes analogues que l'on applique en matière de *vente de droits successifs* : Vigié, *Droit civil*, tome III, n° 835.

Supposons deux cessionnaires successifs du même fonds pris ainsi comme ensemble, comment régler le conflit ? Imaginons que le second ait de bonne foi été mis en possession ; pourra-t-il invoquer contre le premier la maxime de l'art. 2279, Civ. ? Si, pour prendre un exemple analogue, une cession d'une même hérédité avait été ainsi faite à deux acquéreurs, on déciderait sans difficulté que le premier pourrait valablement revendiquer contre le second même les objets mobiliers que celui-ci posséderait comme éléments de l'universalité qu'il prétend lui appartenir, l'art. 2279, Civ. ne s'appliquant pas aux *universalités juridiques* (1). Il semble bien que ce sont des notions analogues qu'il faut admettre pour un fonds de commerce qui se trouve en général avoir la qualité de meuble incorporel et, dans le conflit que nous supposons, il faudrait donner la préférence, en principe, au cessionnaire premier en date (2). En ce sens, on peut dire que le transfert du fonds *ut universitas* a lieu *erga omnes* par le seul fait de la cession. Mais, il faut reconnaître que la solution ne présente pas un grand intérêt pratique.

B) *L'objet d'une cession de fonds de commerce par rapport à l'obligation de délivrance.*

Le cédant doit, selon les principes généraux, délivrer la chose cédée, mais comment réaliser cette obligation pour cette chose essentiellement complexe qu'est un fonds de commerce ? La question ne sou-

(1) Aubry et Rau, 5^e édition, t. II, n^o 183 ; Baudry-Lacantinerie et Tissier, n^o 839.

(2) Pelissier, *op. cit.*, n^o 47 ; cf. Rossy, *Des cessions de portefeuille*, n^o 110, p. 304, note (1).

lève pas de grands embarras : ici encore, on suivra les règles exigées pour chacun des éléments du fonds suivant sa nature propre : pour l'achalandage ou clientèle, la délivrance s'opérera par l'usage que le cessionnaire en fera du consentement du cédant, pour les créances et en particulier le droit au bail, par la remise des titres (art. 1607 Civ.), pour les éléments matériels en principe par la tradition manuelle (art. 1607 Civ.), etc. (1).

C) *L'objet des cessions de fonds de commerce par rapport à l'obligation de garantie.*

Le cédant, étant un vendeur, doit la garantie qui n'est qu'un prolongement de son obligation de délivrance ; mais, la doit-il seulement pour l'ensemble ou, au contraire, pour chacun des éléments du fonds ? En matière de vente de droits successifs, il y a un principe notable établi par l'art. 1696 Civ. « Celui qui vend une hérédité, sans en spécifier en détail les objets, n'est tenu de garantir que sa qualité d'héritier » : le cédant ne doit garantir alors que la paisible possession de l'hérédité envisagée comme universalité juridique ; « que si le cessionnaire venait à être évincé de quelques-uns des objets compris dans l'hérédité, cela ne donnerait lieu à aucun recours contre le cédant ; il n'a pas acheté tel ou tel objet, mais un ensemble, une universalité et le cédant n'a cédé ces objets qu'avec les chances que présentait leur condi-

(1) Lèbre, *op. cit.*, n° 74 ; Pelissier, *op. cit.*, n° 51, Rossy ; *op. cit.*, n° 106.

tion » (1). Ces principes trouveront-ils leur application au sujet de la cession de l'universalité fonds de commerce? Il ne le semble guère, on paraît devoir au contraire appliquer cette idée qu'en principe le cédant du fonds doit garantie pour chacun des éléments qu'il comprend : achalandage, droit au bail, matériel, etc. (2). Et cela se comprend aisément ; les parties ont soin en général de faire inventaire des valeurs comprises dans la cession, c'est donc qu'elles entendent appliquer à chacune les principes généraux, et, dans les cas où l'intention des parties ne serait pas très nette, l'usage commercial ferait prévaloir des solutions équivalentes.

Quant à savoir quelles seront les conséquences de cette obligation de garantie, nous l'avons dit, elles se déterminent par les principes communs ; il faut cependant mettre à part les règles qui concernent la garantie de l'achalandage, nous y reviendrons plus tard, car elles se rattachent à un des modes les plus caractéristiques de réalisation d'une cession de fonds de commerce.

Ainsi, en étudiant à certains points de vue la manière dont se comporte l'objet, complexe de sa nature, des cessions de fonds de commerce, nous avons résolu la question de savoir si, à ces points de vue, le fonds doit être considéré plutôt comme un ensemble ou si, au contraire, il faut le décomposer suivant les éléments qui le forment ; nous avons vu comment, à certains égards, on restait loin d'une théorie intangible du *bloc*. Il ne suit aucunement de là que la connexion que les parties

(1) Vigié, *op. cit.*, t. III, n° 856 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, n° 359 *ter*.

(2) Cf. Lèbre, nos 80 et s.

ont entendu établir entre ces valeurs hétérogènes sera sans application juridique. A l'appui, nous pouvons donner, entre autres, un exemple fourni par la pratique : on a fait deux actes séparés, l'un contenant cession du droit au bail, l'autre opérant cession des autres éléments du fonds. En résulte-t-il qu'il y aura là deux actes indépendants qui donneront lieu à un règlement séparé ? Cela dépend toujours de l'intention des parties, mais, en fait, il arrivera fort souvent qu'elles auront considéré ce droit au bail comme un élément du fonds lui-même, de telle sorte par exemple que la résiliation du bail imposée au cessionnaire lui donnerait le droit de demander la résolution de la cession totale du fonds ; l'unité de contrat peut ainsi prévaloir sur la séparabilité de ses objets (1).

Nous avons ainsi déterminé, d'une manière très générale, la composition et les caractères de ce qui forme l'objet d'une cession de fonds de commerce. C'est sur cet objet que s'appliquent les principes généraux du droit touchant les effets des contrats. Mais, il convient d'insister sur certains de ces effets plus caractéristiques.

(1) Limoges, 6 déc. 1868. S. 72, 1, 292 ; cf. Lèbre, n° 70.

CHAPITRE II

DE CERTAINS MOYENS SPÉCIAUX PAR LESQUELS PEUT SE RÉALISER UNE CESSION DE FONDS DE COMMERCE

Section première. — Généralités.

Le cessionnaire du fonds de commerce veut, nous le supposons, succéder aux affaires de son prédécesseur, occuper sur la scène commerciale et vis-à-vis du public la place que ce dernier s'était acquise. Pour cela, il faut des moyens réels qui permettent au successeur de jouir véritablement des avantages que cette qualité doit lui conférer. Sans doute, ces moyens sont fort divers : ce sera, par exemple, la mise en possession des magasins, du matériel d'exploitation, du stock des marchandises, etc. ; tous ces moyens concourront pour réaliser la cession. Mais, il faut relever les modes bien plus spéciaux par lesquels le successeur sera, en général, véritablement installé dans l'entreprise qu'il veut désormais gérer et en aura efficacement la jouissance.

En pratique, le cédant s'emploie ordinairement à faciliter au successeur la continuation des affaires, il l'installe en quelque façon dans l'établissement, si l'on suppose du moins que le nouveau venu n'était pas directement intervenu dans la gestion antérieure. Le cédant doit mettre le cessionnaire au courant des débou-

chés, des habitudes de la clientèle, des procédés spéciaux de l'exploitation, lui fournir toutes les indications de nature à faciliter la direction nouvelle. On discute en pratique la question de savoir si les *livres de commerce* deviennent la propriété du cessionnaire. Souvent, les parties auront soin de régler la question et, à défaut de stipulations formelles, les usages commerciaux fourniront aisément la solution. Il est évidemment un point qui doit être mis hors de discussion, c'est que le cessionnaire, s'il ne reçoit pas la propriété des archives de la maison, doit avoir en principe le droit d'en prendre communication. En fait, le plus souvent, il faudra présumer que l'on a entendu transmettre au cessionnaire la propriété des livres; il y a cependant des décisions en sens contraire (1).

Une clause assez usuelle dans les cessions de fonds de commerce est celle qui oblige le cédant à rester, pendant un certain délai, auprès de l'acquéreur pour l'initier à la gestion et lui permettre de s'approprier plus aisément la clientèle : celle-ci sera moins portée à rompre avec l'établissement si elle continue d'y trouver comme garant celui avec lequel elle avait des relations habituelles (2).

(1) V. dans le sens que les livres ne sont pas de plein droit acquis au cessionnaire : Paris, 22 janvier 1891. Gaz. Pal. 91, 1, 288; trib. comm. Seine, 19 nov. 1896, J. trib. com., 98, n° 14039, p. 194; trib. comm.: Seine, 29 sept. 1897, J. trib. com. 99, n° 14360, p. 152; — *contra* Req., 9 nov. 1892. D. P. 93, 1, 33; cf. Lèbre, n° 75.

(2) Cf. Lèbre, n° 114; Dal. Rép., v° vente, n° 659. — Il faut signaler les clauses analogues que l'on rencontre dans les *cessions de portefeuilles d'assurances* : couramment, la compagnie qui cède à une autre le stock de ses polices en cours et par là sa clientèle, prend l'engagement de « conserver son existence et de garder son autonomie » sinon jusqu'à l'expiration de toutes les polices cédées, du moins pendant un

Dans l'usage, le cédant recommande et patronne son successeur auprès de la clientèle ; quelquefois, ils visitent tous deux les principaux clients ; mais la pratique la plus répandue et la plus notable est l'envoi de circulaires par lesquelles on notifie aux personnes en relation avec la maison de commerce, aux « amis de l'établissement », cette sorte de transmission des pouvoirs qui s'est opérée. Quelle que soit leur forme, ces circulaires contiennent un avis de la cession et une invitation aux pratiques de la maison de reporter leur confiance sur son nouveau chef. C'est là un mode de publicité très caractéristique, qui non seulement offre de grands avantages pour faciliter les reprises d'affaires, mais qui peut servir à certains effets juridiques particuliers : nous verrons, par exemple, qu'en Allemagne l'envoi d'une circulaire de ce genre peut valoir comme déclaration de prise en charge du passif commercial.

En outre de ces procédés plus ou moins variés par lesquels le successeur est mis à même de faire marcher l'exploitation qui lui est transmise, nous avons indiqué déjà tout un ensemble de moyens qui, avec un caractère plus spécial, concourent au même but, ce que l'on peut appeler la prise de possession par le cessionnaire de la réputation de l'établissement. La notoriété d'une maison de commerce est représentée par divers attributs, le cessionnaire aura en principe le droit de s'en servir comme titre de recommandation auprès du public ; cet usage constitue une des formes les plus

certain délai : les assurés seront moins disposés à demander la résiliation de leurs contrats, si la *Cie* cédante conserve une organisation et une individualité dans lesquelles ils trouvaient des garanties (cf. Rossy, *op. cit.*, pp. 285 et 286, 181 et 182).

distinctives de livraison de cet élément insaisissable qu'est l'achalandage ou la clientèle. Enseigne, raison de commerce, marques, droit de rappeler par la date de la fondation d'une maison son ancienneté (1), distinctions honorifiques décernées à la maison; le successeur aura en principe le droit d'en tirer profit puisque la maison de commerce continue et subsiste. Ce ne sont pas seulement des titres impersonnels qui restent ainsi à la disposition du cessionnaire, il peut même employer dans une certaine mesure le nom commercial de son cédant lui-même; seulement, c'est un point qu'il faut envisager à part parce qu'il est plus délicat et soulève plus de difficultés.

A ces modes particuliers qui marquent la réalisation effective d'une succession commerciale, il faut joindre un ordre particulier d'idées : pour que le cessionnaire soit réellement mis à la place de son cédant, il importe que ce dernier abdique à son profit cette activité qu'il avait jusque là exercée pour son compte dans la gestion de l'établissement, il ne faut pas que, par sa concurrence, il vienne désorganiser l'entreprise que son successeur a entendu acquérir désormais. Ces restrictions à la liberté commerciale du cédant d'un fonds de commerce constituent encore un des effets les plus distinctifs de cette sorte d'actes, nous devons aussi les étudier distinctement.

Nous consacrerons donc deux sections spéciales, l'une à la cession du nom commercial, l'autre aux restrictions à la liberté commerciale du cédant d'un fonds de commerce.

(1) Paris, 21 mars 1887. D. P. 88, 2, 163 (affaire Charles Heidsieck c Heidsieck et comp.) et la note; cf. Pouillet, *op. cit.*, n° 548.

**Section II. — De la cession du nom commercial dans
les cessions de fonds de commerce.**

§ I. — *Notions fondamentales : de la cessibilité du nom
commercial et de sa raison d'être.*

Nous supposons le cas le plus pratique et en même temps le plus net, celui où le commerçant emploie dans les actes de son commerce le même nom qu'il porte dans sa vie civile, son nom patronymique. Or, nous avons déjà dit que, si le nom désignant un individu garde toujours en lui une signification morale et une valeur immatérielle, du moins, en tant qu'il est appliqué à une catégorie d'actes commerciaux particuliers, il peut prendre une signification plus spéciale, une valeur distinctive d'ordre pécuniaire, et devient à ce titre un instrument et un objet de commerce.

Lorsqu'il s'agit, en général, de réglementer l'emploi d'un nom commercial, on peut dire que l'on se trouve en présence de deux notions opposées l'une à l'autre ; d'une part, cette notion qu'un nom, par sa valeur morale, doit être séparé des biens ordinaires et soustrait à l'application des règles communes : ce sont les principes que l'on applique exactement au *nom civil* en disant qu'il est imprescriptible et inaliénable ; d'autre part, quand il s'agit plus particulièrement d'un nom commercial, on doit lui reconnaître une valeur distinctive qui semble pouvoir faire l'objet d'une appropriation spéciale et d'un droit de disposition conformes à cette fonction et à cette valeur. Ce sont, en effet, ces deux principes que l'on peut faire plus ou moins nettement

intervenir en ce qui touche la cession du nom dans une transmission de fonds de commerce.

L'utilité qu'il y a à permettre, pour l'application que nous envisageons, les cessions de noms et à les favoriser est, on peut le dire, évidente. L'emploi par le successeur du nom de son prédécesseur est pour lui le moyen « d'affirmer la *continuité d'une maison de commerce* alors qu'elle change de propriétaire (1). »

Comme l'envoi des circulaires dont nous avons parlé, l'usage par le cessionnaire du nom de son prédécesseur contient implicitement, de sa part, à la fois l'avis de son intention de continuer les affaires et l'engagement de se conformer à cette conduite qui avait valu jusque-là à la maison la confiance du public. Les tiers, qui trouvent toujours sur l'établissement un nom qui était pour eux une garantie de crédit, de loyauté, d'habileté, sont portés à penser que celui qui le leur présente comme une sorte de lettre de créance continuera les traditions anciennes, et que l'existence de la maison de commerce se poursuivra sur les mêmes bases.

D'ailleurs, la pratique a depuis longtemps mis en évidence cette utilité du maintien au profit d'une maison de commerce d'un nom même personnel et individuel qui consacre sa renommée. « Originairement, les sociétés commerciales se servirent d'un nom de commerce pour éviter de nommer les divers associés et mettre en relief la personnalité de la société. Cet usage s'étendit aux individus commerçants, et l'on vit le successeur employer pour l'exploitation de l'établissement le nom du précédent titulaire. Car, l'expérience apprit

(1) *Annales de Droit commercial*, 1897, B. j., p. 210.

que la clientèle acquise à un commerçant passait plus facilement au successeur lorsque celui-ci prenait le même nom. Une partie du public n'a pas connaissance du changement opéré dans la personne du titulaire du fonds de commerce, une autre s'abandonne à cette confiance que le même esprit continuera à régner dans l'établissement (1). »

On décide donc, en général, sans hésitation, que le successeur, s'il est vraiment tel, peut employer le nom de son cédant. Cela ne saurait souffrir difficulté lorsque le cédant a expressément autorisé cet usage de son nom par le cessionnaire ; à l'inverse, il est parfaitement évident que le cédant peut l'interdire, puisqu'il est maître de son nom. En fait, une telle interdiction est rare, car, priver ainsi le cessionnaire d'une dénomination qui aurait une valeur commerciale réelle, serait le priver d'une portion, peut-être considérable, du fonds de commerce lui-même. Cette cession du nom commercial est tellement naturelle qu'on la sous-entend alors même qu'elle n'ait pas été énoncée par une stipulation formelle ; le nom suit normalement le fonds de commerce, l'achalandage. C'est ce qu'exprimait déjà, en l'an IX, le citoyen Try, commissaire du gouvernement devant le tribunal d'appel de Paris, lorsqu'il disait que l'aliénation d'un fonds de commerce dans son sens général, comprend « l'aliénation de la propriété physique qui sont les instruments d'exploitation et celle de la *propriété morale* qui sont l'*achalandage* et la *possession de la confiance publique* (2) ».

(1) Regelsberger, *Haftung des Firmaerwerbers*, op. cit., p. 17.

(2) Dans Paris, 29 thermidor, an IX. S. 1791 — an 12, 2, 36 ; cf. Lèbre, n° 41 ; Lallier, *De la propriété des noms et des titres*, n°s 216-222 ;

Le principe, conforme à un usage commercial constant, est donc que, à moins de convention contraire formelle, le cédant est censé avoir autorisé le cessionnaire à faire usage de son nom commercial. Une fois le principe posé, il faut en envisager les applications, il faut se demander sous quelles formes le successeur pourra user ainsi du nom commercial, pour quel objet, et pendant quelle durée. Cela nous donnera la réglementation de la cession du nom commercial.

§ II. — *Des formes sous lesquelles le nom commercial peut être valablement employé par le successeur.*

Voici la question qui se pose : le successeur peut-il employer purement et simplement le nom de son prédécesseur ? c'est-à-dire, peut-il en user dans les actes de son commerce comme s'il formait son nom propre ?

Sur cette question, nous signalerons deux systèmes divergents qui correspondent à des pratiques distinctes : le système de l'emploi pur et simple des noms commerciaux qu'admet la pratique allemande ; d'autre part, le système des cessions incomplètes qui domine dans notre pratique.

Pouillet, *Des marques*, n^{os} 548 et s. ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* n^o 246 bis ; Dal. Sup. Rép. v^o ind. et comm., n^o 434 ; Cass., 14 janvier 1845. S. 45, 1, 380. D. P. 45, 1, 15 ; Cass., 23 fév. 1881. S. 1881, 2, 133 ; Cass. Req. 5 juillet 1897. S. 98, 1, 228. — Cf. un rapport de M. le sénateur Dietz-Monnin, sur une proposition de loi de MM. Bozérian et autres relative aux fraudes tendant à faire passer pour français des produits fabriqués à l'étranger ou en provenant (projet réglementant l'emploi des noms, marques, etc.) : *Journal officiel*, 1890, documents parlementaires du Sénat, annexe, n^o 8 (Séance du 11 novembre 1890), pp. 14 et s. ; v. *art. 18* du projet proposé.

A) *Système allemand de la transmission pure et simple des firmes.*

Il est admis, en Allemagne, que le cessionnaire d'un fonds de commerce peut faire usage du nom commercial, de la *firme*, de son prédécesseur, exercer le commerce sous cette firme et l'employer notamment comme signature, si le cédant l'y a autorisé. C'est là la disposition formellement énoncée par l'art. 22 du Code de Commerce Allemand (de 1861) : « Quiconque acquiert un fonds de commerce par contrat ou par héritage pourra l'exploiter sous la raison commerciale (*firma*) primitive *avec ou sans mention de sa reprise des affaires* à la condition que le propriétaire du fonds ou ses héritiers ou encore les propres cohéritiers du successeur y consentent expressément (1) ».

C'est là une exception formelle au principe que le commerçant ne peut prendre pour *firme* que son nom de famille (principe de la « vérité » des firmes, *Firmenwahrheit*) (2). Une telle faculté s'explique avec le système de publicité régulière qui fonctionne en Allemagne sous la forme de l'institution des *registres du commerce* et de l'*immatriculation des firmes*. « Grâce à cette organisation, disent MM. Lyon-Caen et Renault, les transmissions de fonds de commerce se font avec une grande facilité et l'acquéreur peut profiter de la réputation dont jouissait son prédécesseur en exerçant le commerce sous le nom de celui-ci ». On peut remarquer cependant qu'en Suisse, par exemple, où fonc-

(1) *Code de Comm. allemand*, trad. Carpentier.

(2) *Art. 16 du C. Com. allemand*; cf. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, n° 194 bis.

tionne un système de registres du commerce et d'immatriculation des noms commerciaux très analogue aux institutions allemandes, on n'admet pas que le cessionnaire d'un fonds de commerce, puisse exercer le commerce sous le nom de son prédécesseur (1). D'autre part, même en Allemagne, il ne semble pas que tout le monde soit d'accord sur les avantages de cette pratique des firmes « dérivées » employées ainsi purement et simplement (2). Le projet originaire soumis à la commission d'administration de la justice, en vue de reviser le Code de Commerce allemand, rejetait l'usage des firmes « dérivées » sans désignation du nom du successeur (3). Mais, on est depuis revenu sur cette proposition devant l'opposition du monde commercial qui sans doute se pliait difficilement à la modification d'usages très anciens, et le nouveau Code de Commerce allemand du 10 mai 1897 a maintenu l'exception ancienne au principe de la « vérité » des firmes (4). Quoiqu'il en soit, il y a là une pratique fort curieuse dont nous aurons à faire apercevoir certains effets spéciaux sur la question du transport du passif commercial.

(1) *Code fédéral des obligations*, art. 874 : Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 175.

(2) Riesser, *Zur revision des Handelsgesetzbuches*, p. 25, cité par Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 174, note (1); Cf. Saleilles, *Cession de dettes*, p. 36.

(3) *Annales de droit commercial* 1895, in fine; Gierke, *der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches*, *Zeitsch f. d. g. H.*, t. XLV, (1896), p. 460.

(4) Gierke, *op. cit.*, pp. 460-462, Cosack, *Lerhbuch des Handelsrechts* (1898), pp. 78 et 79, nos 3 et 4.

B) *Système du droit français.*

Chez nous, le successeur commercial peut-il faire le commerce sous le nom de son prédécesseur ?

On sait que nous n'avons point de législation spéciale sur les noms commerciaux, le Code de Commerce ne s'étant occupé que de la réglementation des raisons sociales qui sont, pour les sociétés, ce que le nom commercial est pour les individus.

Ainsi, à défaut d'ailleurs d'une publicité spéciale comme celle qui fonctionne en Allemagne, le principe généralement accepté et appliqué est que le cessionnaire du fonds ne peut faire le commerce sous le nom seul de son cédant. Le cédant aurait-il même expressément autorisé le cessionnaire à se servir de son nom, on ne présumerait jamais qu'on a entendu donner une telle extension aux effets de cette cession. On comprend pourquoi l'on répugne à admettre ces cessions pures et simples de noms commerciaux. Il ne faut pas que la fraude puisse se dissimuler à l'aide d'apparences trompeuses ; il ne faut pas que le public soit entretenu dans une illusion qui peut être fâcheuse, si celui qui se masque ainsi sous un nom emprunté n'offre pas les qualités que l'on recherchait chez son prédécesseur. « Qu'en matière commerciale le successeur s'autorise du nom de son cédant, c'est là un droit que la convention seule peut prohiber, parce qu'il est le continuateur des actes de celui-ci. *Succédant au fonds*, en vue de maintenir les anciennes traditions, il importe peu que la personne physique ou civile change si la *personne commerciale* reste avec les mêmes caractères. Mais, il

est évident qu'il ne faut pas permettre à la fraude de s'introduire par le moyen de cette substitution de personne et que ceux qui lui faisaient confiance *intuitu personæ* puissent éprouver un préjudice. De même, s'il ne convient pas que, par la confusion qui pourrait résulter de la substitution demeurée inconnue, le public ignorant, croyant traiter avec le cédant, se trouve avoir traité avec le cessionnaire, il ne faut pas davantage que le cédant puisse paraître engagé ou atteint par les dettes du cessionnaire (1) ». Aussi, est-il généralement décidé que la cession du nom commercial n'emporte pas pour le cessionnaire droit de se servir purement et simplement de ce nom, mais seulement le droit de s'en recommander (2).

L'application de ces idées ne soulève pas d'objection sérieuse, si l'on suppose que le cédant n'a pas formellement autorisé le cessionnaire à faire le commerce sous son nom employé purement et simplement, ce qui est d'ailleurs le cas ordinaire. Mais, que décider dans le cas où le cédant aurait donné cette autorisation expresse ? Il semble qu'il n'y ait pas d'empêchement absolu à ce qu'une telle convention produise ses effets : le cédant est le maître de son nom, pourquoi ne pourrait-il pas l'attacher intimement au fonds de commerce

(1) Rapport Dietz-Monnin précité ; cf. not^e Paris, 25 juin 1895, *Annales de Dr. Com.*, 1897, pp. 210 et 211.

(2) Cf. entre autres : Paris, 28 juin 1895 précité ; Lyon, 10 février 1896, *J. trib. com.*, 1897, n^o 13 873, p. 628, confirmé par Cass. Req., 5 juillet 1897. S. 98, 1, 228 et *Annales de droit com.* 97, p. 351 (affaire Société des brasseries G. Hoffherr c consorts Hoffherr) ; — *adde* : Pouillet, *op. cit.*, n^{os} 552 et 553 ; Lèbre, n^o 61 ; Dal. Sup. Rép., v^o *Ind. et comm.* n^o 435 ; Lyon-Caen et Renault, *op.cit.*, t. III, n^o 246 bis ; Thaller, *Traité élém.*, n^o 248.

qu'il cède? Mais, évidemment, il faut alors qu'une conséquence aussi absolue soit tempérée par des correctifs. On les trouvera, dit-on, dans l'application de principes analogues à ceux qui régissent la matière des raisons sociales. On sait quelles règles sont, dans l'intérêt des tiers, établies par le Code de Commerce. Prenons, par exemple, l'hypothèse d'une société en nom collectif : l'art. 21, C. Com., déclare : « les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale ». Sans doute, la loi n'énonce aucune sanction pour cette disposition, mais on la place dans cette conséquence, que les tiers, qui ont souffert un préjudice de l'introduction dans une raison sociale d'un autre nom que celui des associés, peuvent poursuivre de ce chef ceux qui sont responsables de ce préjudice. Si, en particulier, l'étranger porteur de ce nom a consenti, expressément ou tacitement, à son usage dans la raison sociale, on le considérera comme ayant joué vis-à-vis des tiers trompés le rôle d'un associé, donc comme étant tenu des dettes, etc. (1). C'est une solution semblable que l'on donnerait dans le cas où le cédant d'un fonds de commerce aurait autorisé expressément son successeur à exercer le commerce sous son nom ; dans ce cas, il faut décider « que le cédant sera tenu des *dettes de son successeur*, si le public a pu croire que ce dernier n'était que le gérant, le représentant de celui dont il empruntait le nom pour faire le commerce » (2).

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 153 ; Thaller, *op. cit.*, n° 248.

(2) Lallier, *op. cit.* n° 221 ; cf., note Lyon-Caen sous Bordeaux, 17 novembre 1873. S. 74, 2, 145 ; Lèbre, n°s 61 et 64 ; *Annales de droit commercial*, 1897, B. j, pp. 210 et 211 ; trib. Seine, 10 février 1896, *La Loi*,

On voit les conditions que suppose la cession pure et simple d'un nom commercial et les conséquences qu'elle doit raisonnablement produire. En fait, il sera très rare qu'un cédant reconnaisse ainsi à son successeur un droit dont il pourrait endosser lui-même les suites fâcheuses. « La cession expresse du nom commercial entraînant pour le cessionnaire le droit de faire le commerce sous le nom de son cédant, dit M. Lallier, ne doit pas être encouragée. Elle est inutile pour la transmission de la clientèle, et, si elle est parfois dictée par un motif avouable, elle est le plus souvent consentie dans un but de fraude. La responsabilité qu'assume le cédant, en laissant un tiers faire les affaires sous son nom, rendra très rares ces cessions : cette responsabilité peut être diminuée par certaines combinaisons, mais non pas entièrement supprimée. » (1).

Ainsi donc, dans le procédé usuel, le successeur commercial ne pourra pas exercer le commerce sous le nom de son prédécesseur, mais seulement s'en recommander, tout en indiquant en même temps sa qualité propre. Son droit, et en même temps son devoir, est de *se dire successeur* du cédant. « Qu'est-ce que se dire successeur ? disait le citoyen Try dans le rapport que nous avons déjà cité. N'est-ce pas dire clairement, quoique

15 mars 1896, et Lyon, 15 juillet 1896, *Le Droit*, 24 oct. 1896; Cass., 24 nov. 1896, *Gaz. tribunaux*, 26 nov. 1896; — *Contra*: Paris, 28 juin 1895 et Bordeaux, 17 nov. 1873, précités.

(1) Lallier, *op. cit.*, n° 221; cf., *Rapport Dietz-Monnin* précité et *art. 18* du projet présenté : « L'acquéreur d'un établissement, d'un fonds de commerce ou d'exploitation, ne peut faire usage du titre commercial de son prédécesseur ou du fondateur de la maison qu'à la condition de *distinguer suffisamment et manifestement sa propre personnalité de la leur* ».

laconiquement : « C'est moi qui suis l'acquéreur du fonds de commerce d'un tel ? » N'est-ce pas la simple déclaration que le fonds de commerce exploité précédemment par le vendeur l'est maintenant par l'acquéreur et que l'on trouvera dans la personne qui succède même loyauté, mêmes talents, même exactitude ? Il serait incontestablement libre à l'acquéreur de faire afficher son contrat d'acquisition à la porte de sa boutique et partout où bon lui semblerait. Eh bien ! annoncer au public qu'on est successeur, ce n'est rien faire autre chose que de donner au public l'abrégé de ce contrat ». On ne peut donc contester au cessionnaire le droit de rappeler « l'état civil » de la maison de commerce, et d'employer comme enseigne le nom de celui qui la lui a transmise, mais il faut qu'à côté de cette désignation de l'établissement, il se désigne aussi lui-même par son nom commercial propre. On dira par exemple : maison Clicquot, X..., successeur ; au Bon Marché, maison Aristide Boucicaut, Société X..., successeurs, etc.

§ III. — *Portée de la cession du nom commercial.*

La cession d'un fonds de commerce, nous le supposons, a emporté pour le successeur droit de se servir, dans la forme régulière indiquée, du nom de son prédécesseur. Il a acquis ce droit parce qu'il est cessionnaire d'un fonds de commerce déterminé, mais, il ne l'a acquis que dans cette mesure.

Le droit au nom n'est acquis véritablement au cessionnaire qu'à la condition de maintenir à l'établissement qui lui a été transmis les caractères qui le dis-

tinguaient lors de la cession, le nom suit le fonds à condition que celui-ci garde une certaine identité : ainsi, si le cessionnaire venait à changer les caractères de l'exploitation, on pourrait lui interdire d'user d'une dénomination dont la destination première est modifiée (1). Pourquoi, en effet, lorsque la *filiation commerciale* est rompue en maintiendrait-on la formule ?

Le cessionnaire n'a pas acquis, en principe, un droit absolument exclusif ; le cédant n'a été dépouillé de son nom au profit du cessionnaire que pour l'application de la dénomination au fonds qui a été cédé. Le cédant ne peut reprendre ce qu'il a aliéné ; s'il lui est interdit de faire concurrence à son successeur, il ne peut se servir de son nom pour contrevenir à cette interdiction, et, dans la mesure où il aura conservé sa liberté commerciale, il pourra sans doute user d'un titre qui n'a pas cessé de lui appartenir, mais il ne le pourra qu'en prenant les précautions voulues pour éviter de reprendre indirectement un des avantages dont il s'était dépouillé au profit de son successeur (2).

Ainsi, c'est par la cession du fonds de commerce elle-même, ses conditions, les circonstances dans lesquelles elle a eu lieu, qu'il faudra régler les droits respectifs du cédant et du cessionnaire sur le nom commercial du premier. Ce que l'on dit du cédant, il faut le dire en principe de ses héritiers ou ayants cause qui le

(1) Pouillet, *op. cit.*, nos 565 et 566, Dal. Sup. Rép., v° *Ind. et comm.*, n° 434 ; Paris, 11 juillet 1867, D. P. 67, 2, 70.

(2) Pouillet, *op. cit.*, n° 556 ; Dal. Sup. Rép., n° 436 ; cf., Cass. civ., 21 juillet 1891. S. 91, 1, 377 ; Cass. civ., 20 avril 1896. S. 96, 1, 325.

représentent dans ses droits et dans ses obligations (1). Ce sont des points qui s'éclaireront d'ailleurs par la discussion de la question de savoir quelles sont les restrictions à la liberté du commerce qui résultent d'une cession de fonds. Mais, on peut d'ores et déjà poser en principe que, de même que le droit au nom est pour le cessionnaire limité dans son objet, de même le dépouillement imposé de ce chef au cédant, ou à ceux qui le représentent, est également limité. Donnons un exemple pratique : un commerçant est propriétaire de deux fonds de commerce distincts situés dans deux villes différentes, il cède l'un à titre onéreux et donne l'autre dans la suite ; le premier cessionnaire ne pourra pas prétendre avoir reçu un droit général et exclusif sur le nom de son prédécesseur et interdire au donataire d'employer comme successeur le même nom pour le fonds qui lui a été transmis (2).

§ IV. — *Durée du droit pour le successeur d'user du nom commercial.*

Des difficultés peuvent s'élever sur la question suivante : le droit du successeur, en supposant bien entendu qu'il en use dans la forme régulière et pour l'objet auquel il s'applique, est-il un droit définitif, perpétuel ? Pour concevoir qu'il ait pu surgir des difficultés sur ce point, il faut se rappeler les deux idées

(1) Pouillet, *op. cit.*, n° 557.

(2) Paris, 30 avril 1862 ; trib. comm. Seine, 22 déc. 1857, cités par Pouillet, *Marques*, n° 567.

générales qui, nous l'avons dit, peuvent, en matière de nom commercial, s'opposer l'une à l'autre : d'un côté, la valeur morale, le caractère de bien idéal, qui soustrait le nom aux règles d'appropriation et de dispositions ordinaires, de l'autre, la valeur pécuniaire, indiscutable, évidente, d'un nom commercial. On peut dès lors apercevoir que, lorsqu'il s'agira de régler les effets d'une cession de nom commercial, on pourra se trouver en présence d'intérêts opposés : l'intérêt du successeur ou plutôt de l'établissement qu'il représente, intérêt qui veut que l'on conserve à une maison de commerce une notoriété étroitement liée souvent à sa fortune; l'intérêt aussi de celui qui s'est en partie dépouillé de son nom et l'intérêt de sa famille, intérêts moraux, qui ne veulent pas qu'un nom puisse être discrédité par des opérations malheureuses ou peut-être même malhonnêtes.

Suivant la considération que l'on fait dominer, on peut arriver à des solutions divergentes sur la question qui nous occupe, en supposant, bien entendu, que les parties n'aient pas réglé elles-mêmes la durée qu'aura le droit du successeur. Ces solutions se rangent en somme en trois catégories.

1^{er} système : le droit du successeur est perpétuel et indéfiniment transmissible. — Lorsqu'une convention contraire n'a pas limité la durée d'un tel droit, il faut lui reconnaître les caractères ordinaires du droit de propriété, c'est-à-dire la perpétuité et la transmissibilité indéfinie. Le cédant pouvait faire des réserves, il ne les a point faites, rien ne doit gêner par conséquent le droit du cessionnaire. Cela n'empêche aucunement que le droit du successeur ne soit limité, ceux

qui ont conservé sur le même nom soit une partie, soit la totalité de leurs droits, ont toujours les moyens de les faire respecter, mais, tant que subsiste l'état de choses qui a engendré le droit du successeur, comment ce droit pourrait-il être anéanti? L'intérêt moral du cédant ou de sa famille ne peut être sérieusement compromis : l'usage que fait le cessionnaire du nom du cédant est, en principe, limité dans son objet ; la forme qui est imposée en général ne permet pas d'identifier le successeur avec ceux dont il a pris la place, et d'ailleurs, les intéressés conservent toujours le droit de faire prescrire au cessionnaire toutes mesures destinées à empêcher une confusion préjudiciable. En d'autres termes, cédé comme qualité du fonds, le droit au nom doit subsister tant que le fonds lui-même subsiste (1).

2^e système : le droit du successeur n'est opposable qu'au cédant ou ne profite qu'au cessionnaire. — On a, assez rarement d'ailleurs, essayé de limiter spécialement le droit du successeur vis-à-vis des personnes auxquelles il est opposable ou de celles qui en bénéficient. Certains ont paru se rallier à cette idée que, si le droit du successeur existe vis-à-vis du cédant, il faut, pour qu'il le conserve vis-à-vis des héritiers de ce dernier, que ceux-ci y consentent expressément ou tacitement (2). D'autres fois, on a voulu prétendre que le droit du cessionnaire serait, sauf convention for-

(1) Lèbre, n^o 63; Paris, 11 juillet 1867. D. P., 67, 2, 170; adde : *art. 18* du projet proposé dans le rapport Dietz-Monnin précité : « La propriété du titre commercial ne peut être cédée qu'avec le fonds même qu'il désigne et jusqu'à extinction dudit fonds. »

(2) Gastambide, cité par Pouillet, *op. cit.*, n^o 338.

melle, restreint au cessionnaire immédiat, et qu'il ne pourrait pas, de plein droit, être transmis par lui aux cessionnaires ultérieurs (1).

Mais, on se rattache en général à une sorte de système intermédiaire.

3^e système : le droit du successeur doit être restreint au délai nécessaire pour assurer la transmission de la clientèle. Il existe, dans cette notion, un délai plus ou moins variable, pendant lequel le droit du successeur produit les effets ordinaires du droit de propriété : ce droit est opposable aux représentants du cédant aussi bien qu'à ce dernier, l'acquéreur, de son côté, peut le passer à ses successeurs ou ayants cause. L'usage du nom apparaît à ce point de vue comme une forme de « livraison de la clientèle », dès lors, la fonction de ce droit doit en déterminer la mesure. Par conséquent, lorsque l'emploi du nom aura subsisté assez pour faire accréditer le successeur auprès des clients de son prédécesseur, celui-ci, et surtout ses héritiers, pourront revendiquer leur nom, s'ils y ont un intérêt appréciable. « Il faut concilier, disent MM. Lyon-Caen et Renault (2), le droit de l'acheteur avec l'intérêt légitime de la famille du vendeur. Il appartient donc aux tribunaux, quand l'acheteur s'est servi assez longtemps du nom du vendeur pour assurer la transmission de la clientèle, de lui interdire de continuer à en user, si un préjudice pécuniaire ou moral peut en résulter pour la famille du vendeur. Il y a là une question pour laquelle les tribunaux ont un pouvoir souverain d'appré-

(1) Alauzet, *Droit comm.*, t. I, 268 ; Paris, 5 nov. 1872, *Ann. de la prop. ind.*, 1873, p. 255 ; cf. *Dal. Sup. Rép.*, v^o *Ind. et comm.*, n^o 434.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n^o 246 bis.

ciation. » Tel est le principe de solution pour lequel on paraît généralement se déterminer (1). Quant à la manière dont on pourra l'appliquer, la difficulté est délicate : il faudra tenir compte de l'intention des parties, des intérêts opposés, des circonstances. En somme, on ne peut guère établir de principes très fermes ; et, de fait, le plus souvent c'est par des solutions d'équité, d'usage commercial, que les tribunaux auront à résoudre ces questions, lorsqu'elles leur seront soumises.

Cependant, à poser un principe, il nous semble qu'il est préférable d'appliquer à la cession du nom commercial les règles ordinaires du transfert de la propriété. En définitive, le cédant a expressément ou tacitement aliéné au profit de son successeur le droit de faire de son nom un usage déterminé ; s'il veut restreindre à ce point de vue les droits du cessionnaire, qu'il fasse des réserves au moment de la cession. Sinon, il faut reconnaître, pour ce dernier, le maintien de son droit tant que dure l'exploitation à l'égard de laquelle il l'avait acquis. On invoque l'intérêt de la famille, des parents, etc., mais il faut apprécier exactement les choses ; « on ne saurait sans exagérer les choses, dit un jugement du tribunal civil de la Seine du 2 mai 1863 (2), objecter contre une semblable transmission (du nom commercial), qu'elle aurait pour effet d'aliéner

(1) Pouillet, *op. cit.*, n° 358 ; Lallier, *op. cit.*, n°s 216 et s. ; Dal. Rép., v° *Ind. et comm.*, n° 347 ; Dal. Sup. Rép., eod. v°, n° 434 ; note Lyon-Caen sous Bordeaux, 17 nov. 1873. S. 74, 2, 145 ; Lyon, 12 janv. 1873. S. 74, 2, 246. D. P. 74, 2, 168 ; Bordeaux, 28 oct. 1896, *Ann. de dr. comm.*, 1897, Bj., p. 103 ; Lyon, 18 fév. 1896 et Cass. req., 5 juillet 1897, précités ; trib. civ. Seine, 20 nov. 1897, *Ann. de dr. comm.*, 1898, Bj. p. 97.

(2) Cité par Pouillet, *op. cit.*, n° 550.

à tout jamais l'honneur d'une famille et de compromettre l'honneur de ce nom, si les successeurs venaient à faire faillite ou à malverser ; il est manifeste, en effet, que le nom finit par s'isoler complètement de la personne du fondateur et des siens, du moment qu'ils ont cessé d'avoir un intérêt dans la maison, et qu'il n'est plus, pour le public, que la simple désignation d'une maison que sa renommée oblige. » D'ailleurs, les intéressés peuvent toujours, nous l'avons dit, faire imposer au successeur les mesures nécessaires pour bien dégager son individualité. On peut ainsi sauvegarder tous les intérêts ; ce ne serait donc que s'il y avait un véritable abus de la part du cessionnaire, ou, lorsque, d'une part son intérêt à employer le nom de son prédécesseur étant en réalité minime, d'autre part la famille du cédant éprouverait un préjudice excessif, que l'on devrait autoriser une revendication du nom commercial ; jusque là, on ne saurait dépouiller d'un bien qu'ils ont légitimement acquis ceux qui en font un emploi régulier.

§ V. — *De la cession du nom commercial dans certaines hypothèses spéciales.*

Nous avons raisonné jusqu'ici sur l'hypothèse la plus simple, celle d'une cession volontaire d'un individu à un autre.

Que le cessionnaire soit un individu ou une société, les principes restent conformes à ceux que nous avons indiqués. Mais, on peut supposer certains cas plus spéciaux, notamment la cession d'un fonds de commerce appartenant à une société, une cession forcée à

suite de faillite. N'y a-t-il pas lieu d'appliquer dans ces cas des règles spéciales ?

A) *Hypothèse de cession de fonds de commerce appartenant à une société.*

Nous supposons une société qui possède une raison sociale. On peut imaginer d'abord que le fonds est vendu d'accord entre les associés par suite des clauses statutaires ou d'une convention postérieure à la dissolution. Les associés peuvent, d'un commun accord, apporter à la cession du fonds social telles modalités qu'ils jugent convenables ; stipuler, par exemple, que le cessionnaire n'aura pas le droit de s'autoriser de la raison sociale ou, au contraire, le lui reconnaître expressément. A défaut d'une stipulation formelle dans un sens ou dans l'autre, le droit du cessionnaire, individu ou société, doit être présumé suivant les règles ordinaires. Si la cession n'a pas indiqué de réserve, l'acquéreur du fonds social a seul le droit d'user de la raison sociale, chacun des associés reprend sans doute son nom individuel, mais n'en peut user qu'à la charge de respecter les obligations dont, comme cédant, il est tenu vis-à-vis du successeur de la société (1). Ces obligations se définiront mieux lorsque nous étudierons la question de la garantie spéciale due par le cédant d'un fonds de commerce.

Que décider maintenant à défaut d'accord entre les associés ?

(1) Pouillet, *op. cit.*, n^{os} 39 et 560 ; Lèbre, n^{os} 155 et s. ; Dal. Sup. Rép., v^o *Ind. et comm.*, n^{os} 437 et 438 ; Paris, 5 juin 1867. D. P. 67, 2, 217 ; Req. 9 nov. 1869. D. P. 70, 1, 165.

S'il y a licitation du fonds de commerce social, et qu'il n'y ait pas de clause spéciale dans le cahier des charges, l'adjudicataire aura, évidemment, le droit d'employer, comme successeur, la raison sociale de la société dissoute (1).

Mais, c'est une question plus délicate de savoir comment il faudra régler la cession de la raison sociale lorsque les associés ne s'entendent pas sur son emploi futur. Certains des associés, par exemple, veulent que personne ne puisse plus désormais s'autoriser de la raison sociale, ils ne veulent pas que, par ce moyen, l'adjudicataire leur enlève la possibilité d'exercer plus tard avantageusement le même commerce; d'autres entendent au contraire que la raison sociale soit comprise dans l'adjudication, pour qu'on puisse obtenir un prix plus élevé. A appliquer strictement les principes, il faudrait dire évidemment que, dans des cas pareils, le fonds de commerce devra être adjugé dans sa totalité, y compris la raison sociale, c'est-à-dire avec le droit exclusif pour l'adjudicataire de se dire le successeur de la société dissoute (2). Nous pensons cependant, avec M. Pouillet (3), que de telles questions ne sont pas susceptibles d'une « règle uniforme et inflexible », mais dépendent des circonstances de chaque espèce. Les tribunaux pourraient, en réglant la situation au mieux des intérêts communs, décider, par exemple, que l'adjudicataire n'aura pas le droit exclusif de s'autoriser de la raison sociale, ou encore, qu'aucun d'eux ne pourra

(1) Pouillet, *op. cit.*, n° 560; Lèbre, nos 156 et s.; Paris, 5 juin 1867. S. 74, 1, 197.

(2) En ce sens, Lèbre, n° 57.

(3) Pouillet, *op. cit.*, nos 391 et 560.

l'employer ou que tous le pourront dans une mesure égale.

Sous ces réserves, qui se complèteront par la réglementation des restrictions à la liberté commerciale dérivées d'une cession d'un fonds de commerce social, il faut appliquer les principes ordinaires que nous connaissons.

B) Cession forcée de fonds de commerce à suite de faillite.

Celui auquel est adjudgé un fonds vendu à suite de faillite a-t-il le droit de se recommander du nom de son prédécesseur? Sur ce point, il n'y a pas d'hésitation possible : incontestablement, le cessionnaire peut se dire successeur (1). Quant à la question de savoir dans quelle mesure le failli peut être dépouillé de l'usage de son nom, elle tient à celle de l'interdiction de concurrence qui peut être imposée à un failli et trouvera sa place dans les explications que nous devons donner à ce sujet.

Section III. — Des restrictions à la liberté commerciale en matière de cessions de fonds de commerce.

§ I. — *Raison d'être de ces restrictions à la liberté commerciale.*

Un commerçant se retire de son négoce qu'il passe à une autre personne, l'installant à sa place dans la ges-

(1) Pouillet, *op. cit.*, n^{os} 91 et 372; Lèbre, n^{os} 191 et s.; trib. comm. Seine, 19 déc. 1888, *Annales de Dr. Com.*, 1889, *Jurisp.*, p. 39 et Cass. Civ., 21 juil. 1891 (affaire John Arthur). S. 91, 1, 377.

tion de l'établissement. N'est-il point naturel qu'il s'engage à respecter cette organisation qu'il transmet à son successeur? Ne faut-il pas qu'il abdique au profit de l'établissement qui demeure entre d'autres mains cette activité qu'il lui avait jusque-là consacrée? S'il est permis au cédant d'entrer dès le lendemain de la cession en concurrence avec le nouveau gérant, celui-ci ne verra-t-il pas s'évanouir le bénéfice qu'il avait recherché dans la convention?

Il n'est guère besoin d'insister sur l'intérêt qu'il y a, pour le cessionnaire d'un fonds de commerce, à se voir protégé contre la concurrence de son prédécesseur. On sait au prix de quelles difficultés, de quelles luttes souvent, un commerçant parvient à résister aux entreprises des rivaux, à ces tentatives infinies qui sont faites tous les jours pour arracher à une maison les éléments de sa prospérité. Mais, combien plus pénible est le conflit lorsqu'il met un chef d'établissement aux prises, non plus avec des étrangers, mais avec ceux qui ont été plus ou moins directement mêlés à ses affaires! C'est un employé, par exemple, que l'on a engagé, auquel on aura dû communiquer peut-être tout le mécanisme d'une entreprise, qui connaît la manière dont on pratique les affaires, les relations de la maison, les habitudes de la clientèle; si, après avoir été ainsi initié à tous les détails de l'organisation commerciale, l'employé vient à quitter la maison, ne pourra-t-il pas se faire des connaissances acquises un instrument redoutable de concurrence contre son ancien patron, soit qu'il crée lui-même un établissement similaire, soit qu'il apporte son industrie dans une maison rivale? Et que dire, si, au lieu d'un ancien préposé plus

ou moins subordonné, c'est avec celui qui longtemps peut-être fut à la tête de l'établissement que son nouveau chef doit soutenir la lutte (1) ?

Depuis longtemps, on a senti la nécessité de parer à ces dangers d'une rivalité particulièrement redoutable, en limitant dans certaines conditions le champ de la libre concurrence. Ainsi, dans les contrats par lesquels une maison de commerce engage un employé, on pourra trouver cette clause, qu'une fois sorti de l'établissement, cet employé s'abstiendra de lui faire concurrence de telle ou telle manière (2).

Quelquefois, mais plus rarement cependant, deux commerçants, à la tête chacun d'un établissement distinct, concluent entre eux un arrangement destiné à limiter leur sphère d'activité respective. Mais, c'est principalement au sujet des cessions de fonds de commerce, que l'on a à se préoccuper de ces limitations de la liberté commerciale, du moins, c'est par rapport à cette application que nous avons ici à les envisager.

Il nous faudra indiquer d'abord la réglementation générale de ces restrictions, examiner ensuite comment elles s'établissent dans les cessions de fonds de commerce, déterminer enfin leurs effets.

(1) Cf. A. Sraffa, *Le clausole di Concorrenza*, Torino, 1898, p. 4.

(2) V. sur les restrictions à la liberté commerciale en matière d'engagements d'auxiliaires ou employés de commerce : Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n^{os} 545 et 546 ; cf. une discussion scientifique et philosophique dans Sraffa, *op. cit.*

§ II. — *Principes généraux relatifs aux restrictions à la liberté commerciale.*

Lorsqu'on parle de restreindre la liberté commerciale d'une personne, on entend lui imposer une certaine résignation de son activité, la frapper d'une sorte de déchéance, la placer d'une façon plus ou moins rigoureuse en état d'interdiction ; or, peut-on permettre un tel asservissement de l'homme dans un intérêt purement privé ?

La question est complexe, elle touche à des problèmes très délicats ; il importe, pour la résoudre, de bien déterminer les principes. A la base de la discussion, il faut placer, pour notre droit, le grand principe de la liberté du travail, du commerce et de l'industrie. Nous en trouvons l'expression dans l'art 7 du décret des 2-17 mars 1791 : « Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier, qu'elle trouvera bon ». A la place de l'organisation ancienne, on voulait édifier sur de tout autres bases le régime économique nouveau, il ne fallait plus rien qui pût rappeler l'état de choses antérieur, plus de ces multiples entraves au libre exercice des professions, plus de ces engagements offrant le caractère de véritables servitudes personnelles : en principe, la liberté de chacun devait être respectée. « La liberté du commerce, a-t-on dit, est devenue l'une des assises fondamentales de notre état social (1) ». Elle forme

(1) Aix, 19 déc. 1892. S. 93, 1, 202.

dans notre droit une règle d'ordre public qui s'impose à tous et que nul ne saurait violer (1).

Mais, si le principe est formel, il reste encore à rechercher s'il a un caractère tellement absolu et rigoureux qu'on ne puisse apporter des tempéraments. Sans aliéner complètement cette liberté du travail qui est chose sacrée, les parties ne peuvent-elles pas, dans leur propre intérêt, le restreindre ?

On est depuis longtemps d'accord sur ce point que, tout en assurant l'application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, il est juste cependant de l'atténuer par d'utiles corrections. Dès lors, voici la solution très générale qui est communément admise : d'une part, il faut rejeter toutes restrictions qui, par leur portée générale et absolue, constitueraient un véritable enchaînement de la liberté commerciale ; au contraire, il faut admettre celles qui, se justifiant par une raison d'être spéciale, présentent un caractère limité et relatif. La difficulté est de faire la sélection entre les unes et les autres ; cependant, les applications de la pratique permettent de dégager de la discussion certaines notions générales.

Les tribunaux ont eu plusieurs fois à prononcer la nullité de clauses qu'ils considéraient comme une restriction trop absolue à la liberté commerciale. On a annulé l'engagement par lequel celui qui cédait un fonds de commerce ou la portion de droit qu'il y avait

(1) Pouillet, *op. cit.*, n° 577 ; note Naquet sous Aix, 19 déc. 1892 précité : — v. sur le caractère d'ordre public international de la règle, Aix, 19 déc. 1892 et note précités ; Cass. req., 29 mai 1894. S. 94, 1, 481 et note Lyon-Caen ; note sous Paris, 12 janvier 1898, Pand. fr., 1898, 5, 47.

s'interdisait, en termes généraux, de se rétablir à aucune époque et d'exploiter, soit directement, soit indirectement, un commerce similaire; par exemple, un associé cède à son co-associé ses droits dans le fonds de commerce commun, en s'interdisant en même temps « de créer ou d'exploiter, à l'avenir, aucun fonds de commerce ou industrie ayant pour objet principal ou accessoire une vente ou une fabrique similaires, ou de s'intéresser directement ou indirectement à un pareil fonds », une telle interdiction a été annulée comme trop absolue (1). Des clauses aussi restrictives constituent, a-t-on dit, « un véritable assujettissement d'une personne à une autre (2) ».

En somme, pour qu'une restriction de ce genre puisse être admise, on exige une certaine limitation, mais en quoi cette limitation peut elle et doit elle consister ?

On peut concevoir la limitation sous différents rapports de *temps*, de *lieu*, d'*objet*, suivant qu'on considère la durée d'une interdiction, son étendue territoriale, la catégorie d'actes dont elle entraîne la prohibition.

(1) Paris, 28 mai 1895. S. 96, 2, 234, D. P., 95, 2, 400; Ann. de Dr. com. 1896. B. j., p., 180, confirmé par Cass. civ., 11 mai 1898. S. 98, 1, 265.

(2) Paris, 6 juillet 1893. S. 94, 2, 400; adde, comme décisions ayant annulé des interdictions trop absolues en matière de cessions de fonds de commerce : Paris, 4 janvier 1889. D. P. 90, 2, 289; trib. com. Saint-Etienne, 24 fév. 1897, Ann. de dr. comm., 98. B. j. p. 96, et 7 juillet 1897, J. trib. com., 1898, n° 14293, p. 812; trib. com. Seine, 11 septembre 1897, J. trib. com. 1899, n° 14352, p. 134 — Cf. pour des solutions analogues relatives à des clauses dans des contrats d'engagements d'employés : Civ. rej., 11 mai 1858. D. P. 58, 1, 219; Civ. Cass., 23 mai 1868. D. P., 69. 1, 277; Cass. req., 2 mai 1882. D. P., 83, 1, 168. — Cf. Pouillet, *op. cit.*, n° 578; Dal. Sup. Rép., v° *ind. et comm.* nos 107 et s.

Si l'on suppose une interdiction qui présente à la fois ces diverses limites, on ne peut guère avoir de doutes sur sa validité : telle est la clause en vertu de laquelle le cédant d'un fonds de commerce s'interdit de se rétablir dans un commerce similaire pour un temps et dans un rayon déterminés et restreints dans des limites raisonnables. Aussi, n'a-t-on pas fait de difficultés pour valider en principe de telles interdictions (1). Elles doivent être aussi facilement tenues pour valables que des restrictions contraires, illimitées à tous les points de vue, devraient être considérées comme nulles.

Mais, est-il nécessaire que tous ces modes de limitation coexistent ? La question peut paraître délicate. Dans la pratique, on paraît s'attacher surtout aux notions de lieu et de temps ; en fait, la limitation d'objet est généralement sous-entendue, parce que ces restrictions imposées à une personne se réfèrent d'ordinaire à une catégorie spéciale de ses actes. Le criterium que l'on donne en général est qu'il faut admettre les restrictions limitées quant au lieu *ou* quant au temps ; la relativité à l'un de ces points de vue suffit. C'est du moins ce qu'a plusieurs fois décidé la jurisprudence. Voici le principe, tel qu'il est posé par un arrêt de la Cour de Cassation du 30 mars 1883. « Si, en droit, toute personne est libre de faire tel négoce ou d'exercer telle industrie que bon lui semble, cette liberté peut cependant être restreinte par des conventions particulières, pourvu qu'elles n'entraînent pas une interdiction générale et absolue, c'est-à-dire illimitée à la fois quant au temps et quant

(1) Trib. com. Seine, 10 sept. 1837, cité par Pouillet, *op. cit.*, n° 579 ; Aix, 1^{er} février 1873, D. P., 74, 5, 309 ; Civ. Rej., 9 janvier 1884, D. P., 83, 1, 32 ; Cass. req. 20 janvier 1891, S. 91, 1, 440.

au *lieu* : un tel engagement serait nul comme ayant un objet illicite, mais la renonciation à l'exercice d'un certain commerce ou d'une certaine industrie n'a rien de contraire à la loi, lorsque librement consentie elle est *perpétuelle*, mais restreinte à un *lieu déterminé*, comme aussi lorsque, s'étendant à *tous les lieux*, elle est renfermée dans un certains laps de temps (1) ».

Au lieu que les exemples d'interdictions absolues susceptibles d'être annulées sont assez rarement fournis par la pratique, on a, au contraire, souvent l'occasion de relever des décisions qui consacrent la validité de restrictions limitées. Le plus souvent, on constate, pour les justifier, que ces restrictions sont restreintes à une certaine zone, dans un périmètre déterminé (2). Mais, il n'est pas toujours possible de circonscrire dans

(1) Cass. 30 mars 1883. S. 83, 1, 216. D. P., 83, 1, 247 ; v. le même principe dans Cass. civ., 16 mars 1886. S. 86, 1, 296. D. P., 86, 1, 377 ; Paris, 12 janvier 1898, (Société The Maxim Nordenfelt et C^{ie} c. Thorsten Nordenfelt), précité : ce dernier arrêt indique dans le même sens, pour la jurisprudence anglaise, un arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre du 19 déc. 1892, confirmé par la Chambre des Lords au 31 juillet 1894, cf. *Ann. de dr. Com.* 98, p. 349, Sraffa, *op. cit.*, pp. 10 et 11. V. aussi Sir Frederick Pollock, *Principles of contract*, 5^e éd., p. 337. — Cf. sur la validité des obligations négatives tendant à restreindre une concurrence et sur des applications spéciales : Ehrenberg, *Ueber das Wesen der firma*, *Zeitsch. f. d. g. h.*, t. XXVIII, pp. 25-55, et not^t p. 39.

(2) Req. 1^{er} juillet 1867. D. P., 68, 1, 21 ; 3 mars 1868. D. P., 68, 1, 481 ; Cass. Req., 16 mai 1868, S. 68, 1, 246. D. P., 69, 1, 366 ; Req., 10 août 1869. D. P., 70, 1, 115 ; Req., 11 nov. 1873, Dal. Sup. Rép. v^o *Ind. et com.*, n^o 121 ; Req., 10 juin 1879, D. P., 80, 1, 38 ; Cass., 16 mars 1886, précité ; Req., 9 mai 1888. S. 88, 1, 320 ; D. P. 89, 1, 76 ; Paris, 11 déc. 1889. S. 91, 2, 45 ; Lyon, 6 avril 1892. S. 93, 2, 219 ; trib. com. le Havre, 29 janvier 1894, *Ann. de Dr. com.*, 94, p. 15 ; Angers, 16 mai 1894. S. 94, 2, 180 ; Paris, 13 déc. 1897, *Ann. de Dr. com.*, 98. B. j., p. 359 ; Paris, 28 mai 1895 et Cass. civ., 11 mai 1898, précités ; Cass. Req., 7 juil. 1898. S. 98, 1, 20.

un périmètre précis la zone d'influence d'un établissement commercial ; quelquefois, ses relations s'exercent à travers le monde entier. Par exemple, pour citer une hypothèse qui s'est présentée récemment dans la pratique, lorsque Thorsten Nordenfelt, inventeur et ingénieur suédois, apportait à une société anonyme son industrie d'engins de guerre, canons, torpilleurs, explosifs, etc., l'interdiction qu'on lui imposait de ce chef pour l'avenir ne pouvait évidemment être restreinte à une région spéciale, puisqu'il s'agissait d'une industrie qui rayonnait sur tout le globe ; dans un cas de ce genre, on pourrait établir la limitation dans le délai : par exemple, dans l'hypothèse que nous signalons, on fixait une durée de 25 ans (1). La limitation quant au temps peut donc être suffisante, à condition, bien entendu, qu'elle soit sérieuse : il ne faudrait pas, par exemple, la fixer à un délai plus long que la vie probable de l'obligé (2). D'autres fois, quoique plus rarement, on a vu une relativité suffisante en ce que, sans qu'il n'y ait ni circonscription ni laps de temps fixés pour l'interdiction, son objet même était spécial et relatif : c'est ce que la Cour de Cassation a décidé, pour une interdiction qui ne se référerait qu'à un genre de commerce particulier et devait, par conséquent, disparaître par l'effet de tout événement équivalant à l'abandon ou à la disparition de l'établissement cédé (3). En

(1) Paris, 12 janvier 1898, précité.

(2) Jug. du trib. civ. Seine du 19 juillet 1896, sous Paris, 12 janvier 1898 précité. — Cf. sur la limitation par le délai, Paris, 7 août 1889 ; Cass., 27 juillet 1892. S. 94, 1, 90.

(3) Cass. civ., 9 février 1898. S. 98, 1, 120 ; Cass. civ., 30 mars 1885, précité ; cf. Cass. Req., 5 juillet 1865. D. P., 65, 1, 423 ; Cf. Ehrenberg, *Wesen der firma*, op. cit., p. 41.

somme, on le voit, il faut et il suffit qu'il y ait une limitation dans une certaine mesure (1). Cette mesure se déterminera d'après les circonstances de chaque espèce. En principe, il ne faut pas que la liberté commerciale soit absolument ou arbitrairement paralysée ; il faut que les entraves qu'elle subit aient des bornes suffisantes et une raison d'être qui les justifie. En matière de cessions de fonds de commerce, la raison d'être de ces restrictions à la liberté commerciale du cédant se trouve dans le but de la cession elle-même.

Si donc l'on comprend, en général, ces interdictions pour les cessions de fonds de commerce, à condition qu'elles soient suffisamment limitées, il faut rechercher comment elles peuvent être établies et sur quelles bases.

§ III. — *Comment s'établissent les restrictions à la liberté commerciale du cédant d'un fonds de commerce.*

Nous classerons ces restrictions en deux catégories : celles qui sont basées sur un consentement exprès ou tacite de l'obligé — celles qui sont imposées à l'obligé. — Il nous faudra faire des sous-distinctions.

I. — *Des restrictions basées sur un consentement exprès ou tacite de l'obligé.*

Nous distinguerons deux groupes : d'une part, les

(1) *Adde* à la jurisprudence citée : Pouillet, *Marques*, n° 577 et s ; Lèbre n°s 84 et 91 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 247 *bis* ; Dal. Rép. v° *Ind. et comm.* n°s 215-217 ; Dal. Sup. Rép. eod v° n°s 105 et s. ; notes sous Cass. civ., 9 février 1898 et 11 mai 1898, précités ; — Ehrenberg, *op. cit.*, pp. 39 et s ; cf. Sraffa, *op. cit.*, pp. 12-15.

restrictions expresses, d'autre part, les *restrictions implicites*.

A) *Restrictions expresses.*

Le plus souvent, dans les cessions de fonds de commerce, les parties ont soin de régler expressément les suites qu'elles entendent faire découler de l'acte et, en particulier, l'interdiction à laquelle sera soumis le cédant. On peut même dire que les clauses portant interdiction pour le cédant de faire, dans certaines conditions, concurrence à son successeur, sont *de style*. L'utilité de ces stipulations formelles se fait d'autant plus sentir qu'en leur absence, comme nous le verrons, des difficultés fort délicates peuvent s'élever. D'ailleurs, on comprend l'intérêt qu'à le cessionnaire à s'entourer d'une protection aussi sûre que possible, s'il veut consolider à son profit le bénéfice de la convention qu'il a faite. Souvent, en conséquence, les parties auront déterminé la catégorie d'actes interdits, le délai pendant lequel les restrictions doivent durer, et surtout la zone d'interdiction. On trouve des énonciations de ce genre dans la plupart des cessions, quelle que soit la forme qu'elles revêtent : elles sont usuelles dans les cessions ordinaires, elles ne le sont pas moins lorsqu'il s'agit plus spécialement de l'apport d'un fonds de commerce en société (1) ; l'associé qui abandonne sa part à son co-associé lors de la dissolution, s'interdit le plus souvent de se rétablir dans un commerce similaire, cette condition est plus d'une fois même prévue dans

(1) V. p. ex : Paris, 26 déc. 1889. D. P., 90, 2, 318 ; Paris, 12 janvier 1898, précité.

l'acte de société (1). Des clauses analogues sont insérées dans les actes d'adjudication du fonds de commerce d'une société dissoute (2).

Quelquefois, il existe entre cédant et cessionnaire d'un fonds de commerce des engagements réciproques de la nature de ceux que nous envisageons. C'est ce qui peut se trouver dans une *cession par dédoublement*, lorsque le même fonds de commerce est divisé en branches distinctes, ou que plusieurs fonds, autrefois réunis sur la même tête, se divisent sur des têtes différentes. Par exemple, le propriétaire de deux moulins situés sur deux rives opposées d'un même fleuve cède l'un et conserve l'autre ; entre son cessionnaire et lui, il a été entendu que chacun ne pourra moudre du blé et vendre des farines que pour les habitants de la rive où est situé son moulin respectif (3). Un commerçant dédouble son commerce en deux branches dont il se réserve l'une et aliène l'autre, en stipulant avec son acquéreur que chacun d'eux devra se limiter à la catégorie d'affaires qui lui a été attribuée par l'acte de cession (4). Deux associés se partagent le fonds de commerce social, dont ils forment deux établissements distincts, en s'interdisant de se faire concurrence l'un à l'autre (5). Ou encore, pour citer un cas particulièrement notable, une Compagnie d'assurances cède son portefeuille

(1) V. p. ex : Poitiers, 29 janvier 1854. D. P., 53, 5, 418 ; Req., 3 mars 1868 précité ; Paris, 14 janvier 1889. D. P., 90, 2, 279 ; Paris, 6 juillet 1893 ; Angers, 16 mai 1894 ; Paris, 28 mai 1895, précités.

(2) V. p. ex : Civ. rej., 1897. S. 98, 1, 120.

■ (3) Agen, 11 déc. 1861. D. P., 63, 2, 115 ; cf. Cass. req., 31 mars 1884. D. P., 84, 1, 366.

(4) Angers, 20 juin 1888, *Ann. de dr. com.* 1888. J., p. 230.

(5) Paris, 13 nov. 1883. S. 84, 2, 40.

de province avec l'organisation y relative, elle se réserve son bureau et son portefeuille de Paris ; entre la compagnie cédante et la compagnie cessionnaire, il y a une convention de « spécialisation de leurs affaires respectives », la première devant limiter son exploitation à Paris, aux « risques situés *intra-muros* », la seconde devant restreindre son activité à la clientèle provinciale (1).

C'est aux tribunaux qu'il appartient d'interpréter la portée de ces clauses, et leur interprétation est en principe souveraine. Sans dénaturer la convention, ils ne doivent pas non plus s'attacher strictement aux termes et aux formes employés ; ce qu'ils doivent rechercher avant tout c'est l'intention des parties contractantes. Une fois déterminée la portée d'une clause d'interdiction, c'est en s'aidant des circonstances de la cause que les tribunaux auront à se prononcer sur la question de savoir si l'interdiction doit être admise comme étant limitée et relative, ou si elle doit être annulée comme contraire au principe de la liberté du commerce ; le critérium que nous avons précédemment signalé servira pour cette analyse.

B) *Restrictions implicites.*

A défaut de clauses expresses, ne résulte-t-il pas de la cession elle-même des restrictions à la liberté commerciale du cédant du fonds de commerce ?

Sur cette question, on peut encore trouver deux idées opposées l'une à l'autre. D'une part, on peut penser

(1) V. la cession *Centrale-Réparation*, citée par Rossy, *op. cit.*, p. 176 ; cf. *id.*, p. 284.

que, la liberté du commerce étant la règle, si on peut par des conventions privées lui apporter des exceptions, il faut du moins que ces exceptions dérivent d'une volonté clairement et formellement exprimée. D'autre part, n'est-il pas naturel d'assurer aux contrats leurs effets normaux sans s'attacher aux formules employées ? Or, quel est le principe qui régit les aliénations à titre onéreux ? c'est que celui qui a aliéné sa chose et a reçu en échange une contre-valeur ne peut détruire, par un acte personnel d'agression contre son ayant cause, le bénéfice que celui-ci a voulu retirer de la convention : c'est en ce sens que l'aliénateur est tenu à la *garantie* qui complète et consolide la délivrance, (art. 1025 et s. Civ.) Voici deux individus qui ont librement convenu que l'un succédera aux affaires de l'autre, aura le droit d'exploiter sa situation commerciale, de jouir de sa clientèle : n'est il pas implicitement entendu que le cédant devra s'abstenir d'enlever au cessionnaire, par une concurrence toujours redoutable, le bénéfice normal de la convention ? Pourquoi, dès lors, ne pas supposer ce qui le plus souvent a été l'intention des parties ?

On peut dire que, sur ce point, l'on est aujourd'hui à peu près fixé. Sans doute, le plus souvent, les actes de cession contiennent des clauses formelles d'interdiction ; il n'en est pas toujours ainsi cependant, et même lorsqu'il se trouve des clauses expresses, elles sont loin d'avoir souvent toute la précision désirable, et dès lors, se pose la question de savoir quels sont à ce point de vue les effets naturels d'une cession de fonds de commerce ; quelle est la solution qu'on donne à cette question ?

Longtemps la jurisprudence fut très hésitante, et il

est même assez difficile de préciser la portée de ses variations (1). En somme, le plus souvent les décisions se sont surtout inspirées de circonstances de fait. On a pu cependant trouver, dans certaines tout au moins, une inclination à cette idée que, en l'absence de conventions formelles, les entraves à la libre concurrence du cédant d'un fonds de commerce ne résultent pas de plein droit de la cession elle-même (2). Mais, aujourd'hui, il est généralement reconnu que l'obligation de garantie, qui dérive en général de toute aliénation, doit, en matière de cession de fonds de commerce, emporter des restrictions à la concurrence que le cédant pourrait faire au cessionnaire. Avant tout, ce qu'il faut rechercher c'est l'intention des parties, pour laquelle les juges du fonds ont un pouvoir souverain d'appréciation (3). Mais, en fait, cette interprétation conduira le plus souvent à faire application aux cessions de fonds de commerce des règles ordinaires de la garantie. L'interdiction imposée au cédant devient une suite naturelle du contrat et, par là, un des moyens les plus distinctifs qui servent à réaliser effectivement la cession

(1) Sur cette jurisprudence, v. principalement : Pouillet, *op. cit.*, n^{os} 582 et s.; Lèbre, n^{os} 81 et s.; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n^o 247; Dal. Rép., v^o *Ind. et comm.*, n^o 217; Dal. Sup. Rép., eod. v^o, n^{os} 123 et s.; note sous Amiens, 14 avril 1883. S. 83, 2, 174, note Planiol sous Paris, 14 janvier 1889. D. P., 90, 2, 279; notes sous Paris, 28 mai 1895. S. 96, 2, 234, sous Cass. civ., 9 février 1898. S. 98, 1, 121, et sous Cass. civ., 14 mai 1898. S. 98, 4, 265.

(2) Cass., 5 fév. 1855. S. 56, 2, 417, D. P. 55, 1, 440; 2 mai 1860. S. 60, 1, 308. D. P., 60, 1, 18; cf., note sous Paris, 28 mai 1895, précité; Dal. Sup. Rép., v^o *cit.*, n^o 123.

(3) Paris, 14 oct. 1833, Cass., 17 juillet 1844, Cass. req., 19 août 1884, Dal. Sup. Rép., eod. v^o, n^o 123; Cass., 16 mars 1886 et Cass., 18 juin 1897, précités, et note sous Paris, 7 janvier 1890. S. 91, 1, 21.

d'un fonds de commerce. Tel est le principe, incontestablement juste, qui est communément reconnu (1), et que la jurisprudence, notamment celle de la Cour de Cassation, a plusieurs fois énoncé ; « *en droit*, déclare l'arrêt de la Cour de Cassation du 16 mars 1886, (2) la vente ou la cession d'un établissement industriel avec la clientèle et l'achalandage a pour conséquence, sauf convention contraire, d'interdire au vendeur ou cédant l'exercice d'une industrie similaire dans le voisinage ou dans le rayon de fonctionnement de l'établissement vendu ». « L'obligation de garantie, disait récemment un autre arrêt de la Cour suprême, emporte pour le vendeur d'un fonds de commerce le devoir de s'abstenir de tout acte de nature à diminuer l'achalandage et à détourner la clientèle du fonds cédé (3) ».

(1) V. notamment en doctrine : Pouillet, *op. cit.*, n° 581 ; Lèbre, *op. cit.*, n° 84 et s. ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 247, et VIII, n° 688 ; Thaller, *Traité*, n° 78 et 369 ; notes sous Amiens, 14 avril 1883. S. 83, 2, 174, sous Paris, 14 janv. 1889, Paris, 7 janvier 1890, et Cass. civ., 11 mai 1898, précités ; adde Sraffa, *op. cit.*, pp. 4 et 5 : « L'obbligo nel venditore di astenersi della concorrenza deriva dal fatto stesso della vendita dell'azienda..... Infatti l'avviamento considerasi come uno degli elementi dell'azienda ed ammettesi come un principio sicuro che la vendita di un'azienda comprende la vendita dell'avviamento, cioè la cessione della clientela ; ora nell'obbligo del venditore di garantire il compratore dall'evizione che lo privi in tutto o in parte della cosa venduta, è compreso quello di non distruggere o diminuire col fatto proprio il valore che ha una delle parti o uno degli elementi della cosa venduta ; ed a questo si ridurrebbe — posto che l'avviamento è uno degli elementi dell'azienda ceduta — l'aprire che facesse il venditore un'altra azienda del genere di questa in determinate condizioni di tempo e di luogo... ».

(2) Cass., 16 mars 1886, précité.

(3) Cass. civ., 11 mai 1898, précité ; adde dans le même sens : Bordeaux, 13 juillet 1859. D. P., 59, 2, 119 ; Angers, 20 juin 1860. D. P., 60, 2, 176 ; Lyon, 25 mai 1872. S. 73, 2, 180 ; Amiens, 30 avril 1875. S. 75, 2, 213 ; Riom, 30 mars 1876. S. 77, 2, 50 ; Alger, 24 avril 1878.

Cette doctrine trouve une application particulièrement intéressante, alors qu'il s'agit d'interpréter les clauses expresses d'interdiction ou d'en régler les effets. On considère, à juste raison, ces clauses comme l'énonciation d'une obligation qui découle naturellement pour le cédant de la cession elle-même. Pour apprécier la validité d'une clause d'interdiction expresse, les arrêts se basent souvent sur cette considération qu'elle excède ou non la « mesure de la garantie » due par le cédant. Mais, ce qui est surtout notable, c'est l'application de ces règles de la garantie de droit commun dans l'hypothèse où se rencontrent des clauses nulles comme contraires au principe de la liberté du commerce. La solution est très nettement indiquée dans l'arrêt de la Cour de Paris du 28 mai 1895. « Si, en principe, la convention par laquelle le vendeur d'un fonds de commerce s'interdit d'une façon absolue d'exercer un commerce similaire est nulle comme contraire à la liberté de l'industrie, cette nullité ne peut, dans tous les cas, s'entendre d'une façon tellement absolue qu'elle puisse avoir pour conséquence de soustraire le vendeur à toute garantie, de le délier de toute obligation vis-à-vis de l'acheteur en laissant ce dernier exposé sans aucun recours possible aux suites dommageables d'actes de concurrence dolosifs ou quasi-dolosifs ». Un autre jugement déclare que, tout en annulant une clause d'interdiction absolue,

S. 78, 2, 243; Cass. civ., 30 mars 1885. S. 85, 1, 216; Bourges, 12 novembre 1889. D. P., 91, 2, 247; Paris, 7 janvier 1890, précité; Lyon, 6 avril 1892, précité; Dijon, 23 déc. 1895, *An. de dr. com.*, 96, B. j., p. 188; Lyon, 18 juin 1895. S. 95, 2, 302 et Cass. req., 18 juin 1897, précité; Paris, 26 mars 1895, Cass. civ., 9 février 1898; Paris, 12 janvier 1898, précités.

« ce n'en est pas moins le cas d'en faire état comme indication de l'intention des parties quand elles ont contracté (1) ».

Il importe de bien distinguer la nature de ces obligations imposées ainsi au cédant d'un fonds de commerce ; elles rentrent dans un cas de « responsabilité contractuelle ». Il ne faut donc pas confondre l'action qu'elles engendrent au profit du cessionnaire avec une action en concurrence déloyale : car, ce ne sont pas seulement les faits de concurrence déloyale qui sont interdits au cédant, comme ils le sont d'ailleurs pour toute autre personne, ce sont aussi tous les actes qui seraient licites s'ils étaient accomplis à l'encontre d'un tiers, mais qui deviennent injustes à l'égard du cessionnaire comme constituant une contravention à la loi du contrat (2).

En somme, la pratique est dans le sens d'une application très large aux cessions de fonds de commerce des principes ordinaires de la garantie due par un vendeur. C'est là une règle d'équité qui se justifie pleinement, tant par les conditions spéciales de ces cessions, que par le danger des manœuvres déloyales auxquelles elles donnent lieu trop souvent. C'est aux tribunaux qu'il appartient de déterminer la portée de ces restrictions implicites : quels sont leurs effets ? comment concilier l'exécution naturelle des contrats avec le principe de la liberté du commerce ? Il est facile de concevoir

(1) Trib. com., Saint-Etienne, 7 juillet 1897. J. trib. com., 1898, n° 14293, p. 812 ; dans le même sens : trib. com., Seine, 11 sept. 1897. J. trib. com., 1899, n° 14352, p. 134 ; Cass. civ., 11 mai 1898 et note précitées ; note Planiol sous Paris, 14 janvier 1889, précité.

(2) V. note sous Cass. civ., 11 mai 1898, précité.

que cette protection, dont le jeu est laissé à la disposition nécessairement arbitraire des tribunaux, n'offrira pas toujours pour un cessionnaire la même sauvegarde qu'une interdiction définie, au moins dans ses grands traits, par des clauses formelles. Aussi, les parties ont-elles le plus grand intérêt de préciser autant que possible leurs conventions.

Quoiqu'il en soit, il est essentiel de remarquer ces effets naturels d'une cession de fonds de commerce. Cette obligation négative mise ainsi à la charge du cédant présente, on peut le dire, beaucoup plus de relief que la garantie dérivée des contrats ordinaires. L'abstention imposée au cédant constitue principalement le mode de « livraison » de cet élément essentiellement imprécis et insaisissable que l'on désigne sous le nom de clientèle et d'achalandage ; il y a là une forme de *contrat do ut non facias* qui donne à la cession d'un fonds de commerce un caractère très spécial, et l'on peut dire, qu'il n'y a pas de véritable cession de ce genre qui ne la contienne au moins dans une certaine mesure.

II. — *Des restrictions imposées à l'obligé.*

Jusqu'ici, nous avons supposé que le cédant du fonds de commerce consentait à cette réglementation de sa liberté commerciale, soit qu'il ait donné formellement son adhésion, soit qu'elle ait été implicitement contenue dans la cession elle-même. Car, bien entendu, le cédant peut toujours se réserver ses prérogatives et stipuler, par exemple, que, malgré la cession, il pourra faire concurrence à son successeur.

Il nous faut maintenant nous demander si, dans cer-

taines circonstances, par suite de la situation spéciale d'une personne, on ne peut la soumettre, malgré elle, à des interdictions du genre que nous connaissons. Deux cas surtout méritent d'être envisagés dans lesquels la question se pose : d'une part la *cession d'un fonds de commerce sur faillite*, d'autre part la *cession d'un fonds de commerce dans la liquidation d'une société*.

A) *Hypothèse d'une cession de fonds de commerce en cas de faillite.*

On vend le fonds de commerce d'un failli, pourra-t-on le contraindre à abdiquer par là tout au moins une part de sa liberté commerciale, en l'empêchant de reprendre ce commerce dont il est dépouillé?

Voici comment se pose la question en pratique : le syndic de la faillite peut-il insérer dans le cahier des charges de la vente du fonds de commerce du failli une clause portant interdiction pour celui-ci de se rétablir dans une exploitation similaire? cette interdiction résulte-t-elle de la cession elle-même? Les deux questions se ramènent à celle de savoir si le failli n'est pas le seul maître de disposer de son activité commerciale comme il l'entend.

M. Pouillet, qui examine la question pour l'hypothèse générale de vente judiciaire d'un fonds de commerce, semble s'inspirer de cette idée que les restrictions à la liberté commerciale d'une personne sont des mesures de rigueur qu'on ne saurait lui imposer malgré elle. « L'interdiction de s'établir, dit-il (1), est l'exception;

(1) Pouillet, *op. cit.*, n° 604; Cf. dans un sens analogue, note Darras sous trib. com. Seine, 19 décembre 1888, *Annales de dr. com.*, 1889. Jur., p. 39.

elle n'est licite que dans certaines limites, que dans une mesure restreinte et sous la condition que soit expressément soit tacitement elle ait été stipulée. Elle doit résulter d'une volonté non équivoque, d'une intention manifeste, et si le seul fait de la vente, en dehors d'une stipulation formelle, nous semble devoir emporter, comme conséquence, interdiction pour le vendeur de se rétablir, c'est que là encore nous rencontrons, quoique sous-entendue, la volonté commune de la part des contractants qu'il en soit ainsi. Il ne dépendait que du vendeur qu'il en fût différemment. Les choses se passent tout autrement en cas de vente judiciaire. Celui à l'encontre duquel la vente a lieu ne saurait faire acte de volonté, il subit une dure nécessité à laquelle il ne peut se soustraire et nous ne comprendrions pas qu'il vît sa liberté d'action paralysée, les moyens de refaire sa fortune ou seulement de gagner sa vie et celle de sa famille totalement anéantis, et cela non seulement sans son aveu mais même malgré ses protestations et ses efforts. Qu'un homme puisse arbitrairement restreindre sa liberté, et circonscrire le cercle de son activité, cela se conçoit, il est maître de ses actions et juge de ses intérêts ; mais, comment admettre que la rigueur du sort, le seul effet des circonstances, puissent lui imposer d'aussi lourdes obligations? »

Cependant, malgré ces considérations peut-être trop sentimentales, on reconnaît au contraire en général et avec raison, croyons-nous, qu'un failli peut être soumis aux restrictions ordinaires soit par suite d'une interdiction insérée au cahier des charges, soit par suite de la cession du fonds elle-même. Pour justifier

une telle solution, il suffit de considérer que le failli est dessaisi de tous ses biens et, en particulier, de son établissement, de son fonds de commerce ; si évidemment on ne saurait lui imposer une interdiction absolue d'exercer à nouveau son activité commerciale, du moins, faut-il admettre qu'une fois le fonds cédé au bénéfice de la masse, le failli ne peut le reprendre d'une manière directe ou indirecte. Une pareille obligation correspond à un intérêt pratique manifeste ; il importe aussi bien aux créanciers du failli qu'au failli lui-même que la vente du fonds ait lieu dans les meilleures conditions possibles ; plus d'une fois, une cession avantageuse a été la condition à laquelle a été subordonné un concordat ; or, quel est l'individu qui donnerait pour un fonds achalandé un prix véritablement sérieux s'il était menacé de se voir dès le lendemain privé par la concurrence du failli des avantages qu'il a voulu acquérir (1) ?

Le syndic a donc le droit de faire insérer dans le cahier des charges une clause d'interdiction pour le failli, à condition, bien entendu, qu'elle satisfasse aux règles ordinaires de validité des clauses de ce genre ; le syndic, représentant du failli et des créanciers, peut faire apporter dans la rédaction du cahier des charges les stipulations jugées utiles à l'intérêt commun. Comme le fait remarquer pour une hypothèse de ce genre un arrêt de la Cour de Cassation (2), « la clause d'interdiction de rétablissement généralement insérée dans les ventes de fonds de commerce n'est autre chose

(1) Lyon Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 628 ; note sous Cass. civ., 21 juillet 1891. S. 91, 1, 377.

(2) Cass. civ., 21 juillet 1891, précité.

que la promesse de garantie du fait personnel, l'engagement de ne pas créer une entreprise de nature à évincer l'acheteur de l'achalandage à lui cédé, c'est-à-dire un engagement qui est la conséquence rationnelle de la cession elle-même (1). »

D'autre part, en l'absence de toute clause formelle, la cession du fonds de commerce d'un failli emporte à la charge de ce dernier l'interdiction qui résulte en général des cessions de ce genre. C'est le failli, en effet, qui est réellement le cédant et le seul cédant, à lui donc incombe l'obligation de garantie. C'est aux tribunaux qu'il appartiendra d'apprécier si le failli a véritablement manqué à ses obligations. M. Pouillet, lui-même, après avoir posé en règle que le failli pourra se rétablir dans le même commerce, a soin d'ajouter (2) : « Cela ne veut pas dire qu'il aura le droit de se rétablir à la porte de l'acquéreur de son ancien fonds, qu'il pourra prendre une enseigne similaire à celle sous laquelle ce fonds est connu, ou faire tout acte analogue d'agression ; non, s'il peut se rétablir, c'est en distinguant sa nouvelle personnalité commerciale et en respectant les droits de celui qui, devenu par la force des choses son successeur, n'en a pas moins le droit, dans une certaine mesure, aux avantages que ce titre confère ». On voit comment les tempéraments peuvent arriver à modifier profondément la règle originaire ; quoiqu'il en soit, il faut reconnaître, et c'est la solution qui a été admise par plusieurs décisions de jurisprudence, que le failli doit être tenu des obligations ordinaires qui in-

(1) Dans le même sens ; Paris, 3 déc. 1890 ; Cass. civ., 21 juillet 1891 et note précitée ; Lyon-Caen et Renault, *op. et loc. cit.*

(2) Pouillet, *op. et loc. cit.*

combent au cédant d'un fonds de commerce (1). Il convient d'ailleurs de remarquer que l'interdiction découlant de la cession pèse sur le failli lui-même, véritable cédant, et non sur les syndics qui ne sont que des mandataires, ni sur les créanciers qui ne sont pas propriétaires des biens du failli : on ne saurait donc imposer cette interdiction ni au syndic ni aux créanciers personnellement (2).

B) *Hypothèse d'une cession de fonds de commerce dans une liquidation de société.*

Il arrive assez souvent, en matière de société, que le pacte social détermine les conditions dans lesquelles se fera la liquidation du fonds de commerce lors de la dissolution, décide par exemple que, dans le cas où le fonds sera abandonné à un des associés par les autres, ceux-ci ne pourront se rétablir dans certaines conditions. A défaut de convention dans le pacte social, les

(1) V. Alger, 24 avril 1878. S. 78, 2, 243; Lyon, 6 avril 1892, précité (solution implicite); — adde : note sous Cass. civ., 21 juillet 1891, précitée; Lèbre, *op. cit.*, n° 194; Lyon-Caen et Renault, *op. et loc. cit.*

(2) Cass. req., 17 mars 1840. S. 40, 1, 213; Cass., 3 août 1868. S. 69, 1, 62; Alger, 24 avril 1878, précité; note sous Amiens, 30 avril 1875, précité; Lèbre, Lyon-Caen et Renault, *op. et loc. cit.* — Cependant, un arrêt d'Amiens, 30 avril 1875 (S. 75, 2, 213), s'est attaché au point de vue opposé : le syndic qui a vendu le fonds est, selon cet arrêt, le représentant légal, non seulement du failli, mais encore de l'« universalité des créanciers » ; en conséquence, il défend à un créancier de la faillite d'ouvrir un établissement similaire dans le voisinage du fonds vendu. — Mais, cet arrêt paraît oublier que la vente des biens du failli n'est pas faite comme vente de biens appartenant à la masse mais seulement comme vente provoquée par elle : les créanciers « ne peuvent pas être personnellement plus responsables des conditions de la vente qu'un créancier hypothécaire qui poursuit l'expropriation des biens de son débiteur ».

associés peuvent, lors de la dissolution, liquider comme ils l'entendent et, notamment, s'ils sont d'accord, le céder avec les modalités qu'ils jugent convenable d'y apporter touchant l'interdiction de se rétablir. On suivra en général pour le cas de cession d'un fonds de commerce social, les règles ordinaires que nous avons indiquées (1). En effet, les associés dont le fonds est aliéné et qui jouent ainsi le rôle de cédants doivent être tenus, en principe, des obligations que cette qualité comporte. Il doit en être ainsi au cas de licitation du fonds social, lorsque rien dans le cahier des charges ou dans la commune intention des parties ne manifeste que l'on a entendu déroger aux effets communs d'une cession de fonds de commerce (2).

Mais, voici une autre question dont la solution peut paraître plus délicate. Prenons comme exemple une hypothèse qui s'est présentée en pratique : une société a été dissoute et est liquidée ; la vente du fonds de commerce commun est décidée ; mais, tandis que l'un des associés veut faire insérer dans le cahier des charges une interdiction pour tous de se rétablir, l'autre prétend au contraire que chacun conserve intact dans l'avenir le droit d'exercer un commerce similaire. Que peut-on décider devant une pareille difficulté ?

On pourrait peut être dire encore ici que les restrictions à la liberté commerciale d'une personne sont des

(1) Cf. Pouillet, *op. cit.*, n^{os} 585 et s. ; Lèbre, n^o 87 ; Thaller, *op. cit.*, n^o 369, et, entre autres : Bordeaux, 13 juillet 1839 ; Cass. civ., 30 mars 1885 ; Lyon, 6 avril 1892 ; Paris, 28 mai 1895 ; Lyon, 18 juin 1895 et Cass. req., 18 juin 1897, précités.

(2) Cass., 2 mai 1860. D. P., 60, 1, 218, Paris, 5 juin 1867 et Cass. req., 21 juillet 1873. S. 74, 1, 197 et la note ; Cass. civ., 16 mars 1886, précité.

rigueurs qui ne s'imposent pas : donc, l'associé qui ne veut pas abdiquer le droit de se rétablir pourrait continuer à l'exercer et faire à l'adjudicataire du fonds une concurrence non pas déloyale mais régulière. C'est ce qu'a décidé le tribunal de commerce de la Seine dans l'espèce à laquelle nous faisons allusion (1) : « La liberté de faire le commerce et de s'établir dans ce but, dit-il, est une *propriété individuelle* qui demeure aux mains de chacun tant qu'elle n'est pas aliénée », on ne saurait donc imposer à l'associé qui s'y oppose « une interdiction de tout ou partie de l'exercice de son droit et ce dans l'intérêt fût-il même justifié de la vente d'un fonds de commerce indivis entre les parties » ; dans ce cas, ajoute le jugement que nous citons, « le fonds de commerce sera mis en vente tel qu'il se poursuit et comporte, dans l'état où il se trouve, sans autres restrictions à la liberté individuelle de chacun des vendeurs de faire le commerce que celles qui seront consenties par les parties elles-mêmes de leur propre gré, collectivement ou individuellement ». Cependant, la Cour de Paris, dans son arrêt du 17 janvier 1883 relatif à la même affaire, s'est refusée à entrer dans cette manière de voir trop systématique, parce que, dit-elle, « en matière de liquidation, et quand il s'agit de réaliser une propriété indivise, les clauses et conditions de la vente doivent tendre à obtenir le prix le plus élevé possible de la chose vendue et à attirer à cet effet un nombreux concours d'adjudicataires ; que l'intérêt commun des colicitants doit être spécialement protégé, sans que l'intérêt particulier de chacun d'eux

(1) Trib. com. Seine, 16 août 1882, sous Paris, 17 janvier 1883. D. P., 84, 2, 260.

puisse y porter préjudice ». Et la Cour de cassation a validé cette solution, parce que la restriction imposée, étant limitée, ne pouvait constituer une atteinte au principe de la liberté du commerce et n'était au contraire, en l'espèce, qu'une application juste du principe de « l'égalité des partages (1) ».

Cette solution nous paraît aussi très équitable. Le principe qui doit régir toute licitation se trouve dans l'intérêt commun et l'égalité des colicitants ; les tribunaux pourront, pour les assurer, restreindre dans de justes limites la liberté commerciale de chacun. Il n'en devrait être autrement que s'il était bien démontré que ces mesures, ainsi imposées, sont précisément contraires à cette égalité et cet intérêt commun. En pareille matière, les tribunaux ont un pouvoir souverain d'appréciation ; il leur appartient de concilier tous les intérêts en présence (2).

§ IV. — *Effets des restrictions à la liberté commerciale du cédant d'un fonds de commerce.*

Quelle que soit la manière dont s'établissent ces restrictions, il faut en déterminer, au moins dans leurs grandes lignes, les effets principaux : — quels sont les actes interdits ? — quelle est l'étendue territoriale de

(1) Cass. civ., 9 janvier 1884. D. P., 85, 1, 82. S. 84, 1, 420 et la note.

(2) Dans le sens que les tribunaux peuvent imposer l'interdiction de se rétablir : v. Lèbre, *op. cit.*, n° 160, — *contra* : Paris, 14 oct. 1833, Dal. Rép., v° *Ind. et comm.*, n° 217 ; trib. civ. Seine, 23 mars 1898 et, pour une espèce où il s'agissait d'une licitation de fonds de commerce dépendant de la communauté d'époux divorcés, trib. civ. Seine, 1^{er} février 1898, d'après *Ann. de dr. com.*, 1898, B. j., p. 351.

l'interdiction? — quelle est sa durée; à quelles personnes elle profite et quelles personnes sont obligées par elle? — quelle est la sanction de cette interdiction?

A) *Des actes interdits.*

Lorsque les restrictions à la liberté commerciale du cédant sont énoncées par des clauses expresses, c'est à ces clauses qu'il faut évidemment se référer tout d'abord pour régler la portée de l'interdiction. On comprend aussi que les tribunaux, appelés à se prononcer sur le point de savoir s'il y a dans tel ou tel cas violation des obligations du cédant, aient tendance à plus de rigueur quand il s'agit d'actes formellement interdits que lorsqu'il s'agit de restrictions implicites.

Sans doute, d'autre part, les clauses d'interdiction constituant des dérogations au principe fondamental de la liberté du commerce, il conviendra plutôt de les interpréter restrictivement, mais, il ne faut pas exagérer dans ce sens, et il importe d'assurer autant que possible l'efficacité de restrictions justifiées par leur raison d'être. En d'autres termes, il faut toujours rester dans des limites raisonnables.

Le principe, qu'il s'agisse de restrictions expresses ou de restrictions implicites, est que le cédant ne peut enlever au cessionnaire les avantages que, d'un commun accord, la cession devait attribuer à ce dernier. En général, ce que les clauses d'interdiction prévoient principalement et ce qu'interdit aussi principalement la garantie naturelle due par le cédant, c'est son *rétablissement dans un commerce similaire* à celui qui a été cédé. La question de savoir s'il y a dans le cas en-

visagé commerce similaire peut donner, et, en fait, donne lieu souvent à des difficultés d'appréciation d'autant plus épineuses que, fréquemment, ce fait de rétablissement est déguisé sous des apparences trompeuses. En cette matière, il importe de ne s'attacher pas plus aux apparences qu'aux formules. Les tribunaux doivent prendre pour guides les conventions, les usages, l'équité, et, sans aller jusqu'à annihiler arbitrairement la liberté commerciale, faire respecter une interdiction raisonnable (1). En ce sens, on dira que ce ne sont pas seulement des faits de *rétablissement direct* que l'on doit empêcher, mais aussi, en principe, les tentatives détournées, les actes de *rétablissement indirect*, tous les actes en un mot par lesquels le cédant empiéterait sur le terrain défendu. A vouloir indiquer tous les éléments de solution, il faudrait énumérer toutes les hypothèses fournies par la pratique. L'on verrait, par exemple, que l'on a réprimé les manœuvres par lesquelles un cédant frappé d'une interdiction de se rétablir dirige un commerce similaire par l'intermédiaire d'un *prête-nom*, tiers ou parent complaisant, qui sert à le masquer (2). De même, on défendra les actes par lesquels le cédant, sans se rétablir lui-même pour son compte, prête son concours à une maison similaire, lui fournit des fonds, bref, intervient d'une façon active pour soutenir une

..(1) Sur la question de savoir dans quels cas il y a commerce similaire : Lèbre, n^{os} 102-103 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n^o 248 *ter*.

(2) V. sur l'interdiction de rétablissement sous un prête-nom : Pouillet, *op. cit.*, n^o 591 ; Lèbre, n^o 101 ; Paris, 26 déc. 1889. D. P. 90, 2, 318 ; Trib. com. le Havre, 29 janvier 1894, *Ann. de dr. com.*, 94, p. 15 ; Trib. com. Saint-Etienne, 7 juillet 1897, *J. Trib. Com.* 1898, n^o 14293, p. 812.

concurrence faite à son successeur (1). Bien entendu, le cédant, tenu de l'interdiction, ne pourrait s'associer à un concurrent de son successeur, mais, on pourra lui interdire aussi d'entrer comme employé dans une maison rivale, s'il y apporte des connaissances spéciales de nature à favoriser la rivalité avec son ancien établissement, ou encore de remplir les fonctions d'administrateur délégué d'une société concurrente (2). Il ne faut pas, non plus, exagérer dans la voie des restrictions ; on s'est demandé par exemple, quelquefois, si le vendeur d'un fonds de commerce contrevient à son obligation de ne pas faire concurrence, en louant à un concurrent de son successeur un immeuble qu'il possède dans le rayon prohibé : pour décider la question affirmativement, il faudrait évidemment ou des clauses très rigoureuses ou une ingérence réelle et spéciale du cédant (3).

On ne peut donc pas déterminer *à priori* quels sont les faits qui constitueront une violation des obligations du cédant : dans tels cas, il faudra des actes d'ingérence active, dans d'autres, il suffira que le cédant se prête, sans en prendre l'initiative, à certains actes de concurrence ; on lui permettra quelquefois de s'adresser à de nouveaux clients, d'autres fois, on lui refusera cette faculté, etc. Nous le répétons, les usages commerciaux, les principes d'équité, les circonstances de chaque es-

(1) Bordeaux, 4 mai 1859, D. P., 60, 2, 19 ; Riom, 20 mars 1876, D. P., 79, 2, 230 ; Paris, 11 déc. 1889, D. P., 90, 2, 283, S. 91, 2, 45 ; Trib. com. Seine, 11 sept. 1897, J. trib. com. 1899, n° 14356, p. 145.

(2) Paris, 15 avr. 1875, D. P., 76, 2, 75 ; Cass. civ., 9 fév. 1898, précité.

(3) Pouillet, *op. cit.*, n° 593 ; Lèbre, n° 107 ; Trib. com., Saint-Etienne, 11 mai 1898, *Ann. de dr. comm.*, 98, p. 350.

pèce, constitueront autant d'éléments pour une solution qui évidemment n'est pas toujours très facile (1). Même quand le cédant se sera réservé le droit de se rétablir, il faudra, en principe, l'empêcher de se rétablir de telle manière qu'il se produise une confusion préjudiciable entre l'établissement nouveau et l'établissement qu'il a cédé (2). A tous ces égards, il faudra concilier les intérêts divers qui peuvent être en présence.

B) *De l'étendue territoriale de l'interdiction.*

Ici encore, il y a grand intérêt à circonscrire expressément une zone de protection pour l'établissement acquis par le cessionnaire. C'est ce que les actes de cession s'appliquent en général à déterminer, notamment quand il s'agit de fonds de commerce de détail. Cependant, même lorsqu'on a fixé les bases de cette évaluation, toutes difficultés ne sont point pour cela supprimées. Les expressions employées n'ont pas toujours toute la précision désirable : on parle dans les actes tantôt de *rayon*, tantôt de *distance*, d'autres fois de *périmètre*, etc. Faut-il s'attacher à une distance à *vol d'oiseau*, à la ligne droite ? Faut-il, au contraire, calculer la distance en tenant compte *des voies de communication*, en déterminant de cette manière l'éloignement d'un point à un autre ? Ce sont des questions qui ne manquent pas dans beaucoup de cas d'importance pratique, nous les laisserons cependant de côté,

(1) Sur tous ces points : V. Pouillet, *op. cit.*, n^{os} 591 et s. ; Lèbre, n^{os} 100 et s. ; Dal. Sup. Rép. v^o *Ind. et comm.*, n^{os} 117 et s. ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n^{os} 248 *bis*, etc.

(2) Pouillet, *op. cit.*, n^o 611 ; Lèbre, n^o 93 et s. ; Paris, 9 nov. 1885, S. 86, 2. 54.

elles se règlent, en effet, surtout par la coutume commerciale et d'après les circonstances, et il est assez difficile de donner des principes précis de solution (1). A défaut d'indications expresses, les tribunaux auront à apprécier si le fait de concurrence incriminé est intervenu ou non dans un périmètre suffisamment restreint ; ils pourront fixer aussi une zone pour circonscrire à l'avenir le champ de la concurrence. Il ne faudra pas attacher trop de rigueur à la délimitation qui aura été faite : on a décidé, par exemple, qu'un commerçant qui, en vendant son fonds, s'interdit de faire un commerce similaire dans certaines communes déterminées, ne peut pas, sans manquer à ses engagements, traiter des affaires avec les habitants des communes interdites par la seule raison que les contrats ont été conclus en territoire libre. Dans certains autres cas, au contraire, on a autorisé le cédant, rétabli hors du périmètre d'interdiction, à fournir même ses anciens clients s'ils viennent s'adresser à lui (2). On comprend qu'il y ait beaucoup d'élasticité dans cette réglementation.

C) *Durée de l'interdiction : des personnes à qui elle profite et de celles qu'elle grève.*

Assez rarement, les actes de cession déterminent un délai pendant lequel le cédant devra faire trêve vis-à-vis de son successeur. Lorsque, ainsi qu'il arrive le plus

(1) V. sur ce calcul de la distance : Pouillet, *op. cit.*, n° 589 ; Lèbre, nos 85, 89, 108 ; Dal. Sup. Rép. v° *Ind. et comm.*, n° 121 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 248.

(2) Besançon, 1^{er} janvier 1865, D. P., 65, 2, 20 ; Paris, 2 juin 1883, D. P. 84, 1, 366, et Req. 31 mars 1884, *ibid.* ; Cf. *Ann. de dr. com.*, 98, p. 350.

souvent, les parties n'ont pas réglé elles-mêmes cette question de temps, des difficultés peuvent s'élever sur le point de savoir combien doit durer l'interdiction. Est-elle perpétuelle ? doit-elle être restreinte dans sa durée et dans quelles limites ? Ce sont tout autant de questions qui ne peuvent se régler qu'en égard à toutes les circonstances dans lesquelles elles se posent ; en fait, on a souvent autorisé le cédant à se rétablir lorsqu'il s'est écoulé un assez long temps depuis la cession, de telle sorte que la clientèle aura pu se fixer auprès du successeur et qu'ainsi le rétablissement n'aura pas de suite dommageable (1).

La durée de l'interdiction dépend aussi de celle de l'état de choses qui l'a motivée : elle doit cesser, en principe, par suite de tout événement qui anéantirait l'établissement pour lequel elle existe ou qui en modifierait complètement le caractère (2).

Une question particulièrement importante, qui se rattache aussi à celle de la durée de l'interdiction, est celle de savoir si elle est restreinte activement et passivement à la personne du cessionnaire et à celle du cédant, c'est-à-dire qu'il faut déterminer à quelles personnes l'interdiction peut profiter et celles qui peuvent en subir la charge. Nous ferons, à ce point de vue les distinctions nécessaires.

a) *Des personnes auxquelles peut profiter l'interdiction.* — En pratique, on n'a pas soulevé de difficultés sur le droit, pour les successeurs universels du cession-

(1) Pouillet, *op. cit.*, n^{os} 594 et s. ; Lèbre, n^{os} 85 et s. ; Trib. com., Seine, 11 septembre 1897, n^o 14352, *J. trib. Com.*, 1899, n^o 14352, p. 134.

(2) Cass. req., 5 juill. 1865, D P., 65, 1, 425 ; Cass., 9 fév. 1898 précité ; Ehrenberg, *Wesen der Firma*, pp. 42 et s.

naire, de se prévaloir de l'obligation imposée au cédant. Plus souvent, la question s'est posée pour des successeurs à titre particulier, pour des *cessionnaires ultérieurs* : peuvent-ils invoquer l'interdiction ? On est généralement d'accord, semble-t-il, pour l'affirmative, et cela paraît tout à fait raisonnable. La restriction à la liberté commerciale du cédant, dérivée de la cession, se rapporte, en effet, bien moins à la personne du successeur immédiat qu'à l'établissement même qui lui est transmis. L'établissement jouit par là, pour sa protection, d'une sorte de servitude active, il a une zone de défense dans laquelle le cédant ne doit pas venir lui faire ombrage ; de même que le droit, qu'a le propriétaire d'un immeuble avantaagé d'une servitude *altius non tollendi*, d'empêcher le propriétaire du fonds assujéti de masquer la vue du fonds dominant, est un droit qui suit ce dernier fonds dans toutes les mains où il passe, il est aussi naturel que le bénéfice d'une interdiction de concurrence s'attache à la maison de commerce au profit de laquelle elle était, expressément ou tacitement, établie. « Qualité juridique » du fonds de commerce, elle doit passer, avec le fonds, aux sous-cessionnaires, tout le temps du moins qu'elle peut-être raisonnablement maintenue (1). On a même décidé, avec raison, croyons-nous, que le sous-cessionnaire avait,

(1) Dans ce sens : Pouillet, *op. cit.* n° 602 ; Lèbre, nos 97 et 98 ; Dal., Sup. Rép., v° *Ind. et comm.*, n° 118 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 249 *ter* ; — Cass. req., 5 juillet 1863, précité ; Cass. req., 18 mai 1868. S. 68, 1, 246, D. P., 69, 1, 368 ; Paris, 13 nov. 1883, précité ; Angers, 20 juin 1888. *Ann. de dr. com.*, 88, p. 231 ; Lyon, 6 avril 1892 ; Trib. com. le Havre, 29 janvier 1894, précités. — Cf. Ehrenberg, *Wesen der Firma*, *op. cit.*, pp. 44 et s.

pour faire valoir l'interdiction imposée au cédant, un recours direct contre ce dernier (1).

b) Des personnes qui sont grevées de l'interdiction. — Ici, à l'inverse de l'ordre d'idées que nous venons d'envisager, la question qui s'est surtout posée en pratique est celle de savoir si les *héritiers du cédant*, ses successeurs universels, sont tenus de l'interdiction qui lui est imposée. Il semble, au premier abord, que le point ne devrait pas soulever de difficultés : les héritiers représentent leur auteur, succèdent à ses obligations, donc doivent, en particulier, succéder à celle que nous supposons. Sur le principe, évidemment, on ne peut soulever d'objections, cela se conçoit aisément. Mais, dit-on, n'est-il pas équitable d'établir une limite à cette transmission successive d'une charge qui restreint la liberté individuelle ? est-il juste de la faire peser sur un héritier éloigné et qui, peut être, n'a reçu de la valeur représentant le prix du fonds qu'une portion insignifiante ? peut-on laisser se perpétuer ainsi des obligations négatives ? Il faut reconnaître que, en faite, la question se présentera ordinairement dans des conditions qui en rendront la solution facile. Par exemple, si, comme le cas s'est présenté, c'est un héritier très rapproché, portant le même nom, le fils du cédant lui-même, qui prétend s'établir en concurrence avec le successeur de son auteur, on n'hésitera pas à lui appliquer l'interdiction dont le père était tenu (2). Mais, on reconnaît généralement que, sur des questions ana-

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. et loc. cit.* ; Trib. com., Seine, 11 septembre 1897, n° 14352, *J. trib. Com.*, 1899, n° 134.

(2) Paris, 19 mars 1849, D. P., 50, 2, 50, S. 49, 2, 353 ; Rouen, 16 déc. 1896, *Ann. de dr. com.* 97, p. 350 ; Dal. Sup. Rép. v° *Ind. et com.* n° 118.

logues, les tribunaux doivent avoir le pouvoir de « *mettre d'accord le droit et l'équité* » et de tempérer dans de sages limites la règle de la transmission aux héritiers de l'interdiction imposée à leur auteur (1).

Il nous semble que ce système d'expédient peut se justifier par les caractères spéciaux de ces restrictions à la liberté du commerce, il convient, cependant, de ne l'appliquer que si les circonstances peuvent raisonnablement l'exiger.

On pourrait se demander si une interdiction de concurrence imposée au cédant d'un fonds de commerce peut grever ses ayants cause à titre particulier, les obliger de plein droit. La question ne s'est guère présentée en pratique. On peut cependant la trouver liée à un de ces cas de cession par dédoublement dont nous avons donné un aperçu. Pour des cas de ce genre, on peut trouver, dans certaines décisions judiciaires, une idée, d'après laquelle la charge formée par l'obligation de s'abstenir de certains actes de concurrence pourrait être assise sur un établissement donné et à ce titre obliger, comme une servitude réelle, tous les détenteurs successifs de ce fonds de commerce. Par exemple, dans une hypothèse que nous avons citée, où le propriétaire de deux moulins cède l'un et garde l'autre, en faisant avec son cessionnaire un arrangement aux termes duquel ils s'interdisent réciproquement vis-à-vis l'un de l'autre certains actes de concurrence, on a dit, qu'une stipulation de ce genre « n'offre pas le caractère d'une servitude personnelle, que c'est une charge imposée *sur un héritage*, au profit d'une propriété, aux détenteurs,

(1) Pouillet, *op. cit.* n° 603 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 249 bis.

quels qu'ils soient, des deux usines (1) » ; et l'on pourrait relever, dans d'autres applications d'une cession de commerce par dédoublement, traces d'une idée analogue (2). Cependant, on ne remarque pas de solutions bien nettes. La question est délicate ; elle se rattache au problème difficile de la transmission des obligations aux successeurs à titre particulier. Si, en principe, il est admis que les obligations ne passent pas aux successeurs à titre particulier, on fait cependant, en général, des distinctions, et l'on modifie la règle pour les obligations qui, par leur rapport spécial avec une chose, prennent une certaine réalité et le caractère d'accessoires juridiques de cette chose. Nous ne ferons que rappeler ici une discussion qui touche à des difficultés souvent fort délicates. Quant à l'application spéciale que nous envisageons, il nous paraît qu'on pourrait admettre la transmission d'une charge d'interdiction de concurrence aux détenteurs successifs de l'établissement « servant », s'il pouvait être établi que cette interdiction s'est trouvée imposée à une personne surtout en sa qualité de chef de cet établissement et en vue d'une organisation spéciale de cet établissement. Nous avouerons, d'ailleurs, que la question ne nous paraît pas avoir une grande portée pratique : d'une part, il sera assez rare qu'une restriction à la liberté commerciale d'une personne se réfère surtout à un établissement bien déterminé ; d'autre part, le caractère nécessairement limité et relatif de ces restrictions atténuera

(1) Agen, 11 déc. 1861, précité.

(2) Aix, 1^{er} fév. 1873, D. P., 74, 5. 309 ; Cass. Req., 31 mars 1884 ; Angers, 20 juin 1888 précités ; Dal. Sup. Rep. v^o *Ind. et comm.* n^o 118.

beaucoup les conséquences de la notion que nous avons indiquée (1).

D) *Sanction de l'interdiction.*

En supposant qu'une restriction expresse ou implicite soit violée, comment l'acte interdit pourra-t-il être réprimé ? Lorsque l'interdiction est expresse, les tribunaux sont en général armés de pouvoir plus énergiques : il n'est pas besoin que l'on démontre l'existence d'un préjudice pour le cessionnaire ; il suffit, en principe, qu'il y ait contravention à la loi formelle du contrat, pour donner ouverture à une action. S'il y a eu préjudice causé, le contrevenant pourra être condamné à des dommages-intérêts, en outre, pour l'avenir, défense pourra être faite à l'obligé de continuer les actes de concurrence ; la fermeture de l'établissement créé en violation de l'engagement pourra être ordonnée et exécutée au moyen de la force publique, s'il y a lieu ; on a semblé quelquefois vouloir contester ce dernier point, parce que la mesure indiquée constituerait une violation de la règle : *nemo precise potest cogi ad factum*, mais il paraît bien que cette règle ne doit pas s'appliquer ici, puisqu'il s'agit d'une obligation de ne pas faire (art. 1143 civ.) (2). Le plus souvent, les tribunaux accordent des dommages-intérêts pour le préjudice causé ; quant à l'avenir, ils font défense au contrevenant de continuer les actes interdits, lui or-

(1) V. une discussion de ce genre dans Ehrenberg, *op. cit.*, à propos d'une cession par dédoublement curieuse, notamment pp. 33 et s.

(2) Vigié, *op. cit.*, t. II, n° 1323 ; Cf. dans le sens indiqué : Pouillet, *op. cit.*, n° 608 ; Lèbre, n° 86 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 248 ; Cf. note Planiol sous Paris, 14 janv. 1889. D. P. 90, 2, 279.

donnent de fermer l'établissement injustement établi, en fixant, pour le retard dans l'exécution de ces prescriptions, une indemnité par jour de retard pour un délai déterminé passé lequel il sera fait droit (1). En somme, il appartient aux tribunaux d'ordonner toutes les mesures qui sont nécessaires pour assurer l'exécution juste et raisonnable du contrat de cession, tout en évitant de rien prescrire qui puisse constituer une atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Lorsqu'il n'existera pas de clause d'interdiction expresse, ce sont des sanctions analogues qui serviront à faire respecter la loi du contrat ; toutefois, il est aisé de comprendre que les tribunaux seront naturellement moins rigoureux pour ces hypothèses et s'attacheront, par exemple, surtout à l'existence ou à la non existence d'un préjudice pour le cessionnaire du fonds (2).

En outre, les parties peuvent toujours se prévaloir des suites ordinaires qu'emporte, dans les contrats synallagmatiques, l'inexécution de telle ou telle obligation.

(1) Paris, 31 août 1859, D. P., 60, 4, 219 ; Req., 21 fév. 1862, D. P., 62, 1, 285 ; Dal. Sup. Rép., v^o *Ind. et com.*, n^o 122 ; Paris, 3 déc. 1890, et Cass. civ., 21 juillet 1891 ; Lyon, 6 avril 1892, précités.

(2) Pouillet, *op. cit.*, n^o 581, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n^o 247.

CHAPITRE III

DES EFFETS DE LA CESSION D'UN FONDS DE COMMERCE SUR CERTAINS RAPPORTS DES PARTIES AVEC LES TIERS

Section première. — Idée générale de la question.

Jusqu'ici, dans l'étude des effets des cessions de fonds de commerce, nous nous sommes tenu surtout à une notion assez restreinte, envisageant une cession de ce genre comme la transmission en commun de valeurs plus ou moins variées dont certaines, en raison de leur nature spéciale, donnent lieu à des règles très particulières. Nous avons dit les procédés pratiques par lesquels le successeur acquiert réellement les éléments distinctifs de l'organisation d'un établissement et est mis en mesure de gérer désormais, utilement et effectivement, l'entreprise. Cependant, nous savons que l'organisation d'une exploitation commerciale est généralement fort complexe, qu'elle n'implique pas seulement une masse de choses réunies en commun pour ou par l'entreprise, mais qu'elle engendre un ensemble de rapports souvent fort enchevêtrés et qu'elle a en somme la complexité d'un véritable patrimoine. Il est donc naturel de supposer qu'au moment où intervient la cession d'un fonds de commerce, au moment où le commerçant veut passer à un

autre son organisation commerciale, il peut exister entre lui et des tiers divers rapports juridiques relatifs à l'exploitation cédée et dont il importe de régler le sort à venir. Ainsi, le négociant aura des créances pour fournitures faites à des clients et non encore réglées ; à l'inverse, il aura des dettes contractées pour son exploitation, par exemple il aura acheté des matières premières, du matériel, etc. Les relations considérées peuvent avoir une expression plus complexe : il peut s'agir de rapports qui, pour ceux qui en sont les sujets, ont plusieurs faces, leur donnant des droits mêlés d'obligations réciproques ; par exemple, un commerçant a passé des marchés de fournitures pour une longue période de temps, ces marchés sont en cours au moment où il veut céder son établissement, il est à ce moment débiteur de la prestation de ces fournitures et créancier de la contre-prestation. Il y a ainsi souvent, pour certaines industries, des contrats, des traités à longue durée, à effets multiples, qui ont avec l'exploitation un lien intime et dont il importe de marquer la valeur dans l'organisation d'un établissement donné.

Lors donc, qu'en étudiant les cessions de fonds de commerce, on envisage la transmission d'éléments divers d'une exploitation, ne doit-on pas rechercher s'il faut, dans l'acte envisagé, faire une place spéciale pour ces rapports juridiques dont nous signalons la notion ?

On peut dire qu'en général, lorsqu'on s'est occupé chez nous des cessions de fonds de commerce, on n'a paru guère s'attacher à la question spéciale que nous venons de poser. Conformément à la notion très relative et particulière déjà plus d'une fois signalée, on ne

considérera surtout comme fonds de commerce que certains objets de propriété commerciale, certains moyens qui d'ordinaire permettent à une exploitation de fonctionner : clientèle, droit au bail, matériel, marchandises, etc. Sans doute, on se pose d'ordinaire une question qui rentre tout à fait dans l'ordre d'idées que nous voulons maintenant envisager, mais, c'est en général pour déclarer qu'elle n'offre rien de spécial.

Cette question, nous avons déjà eu plusieurs fois l'occasion de le remarquer, s'exprime de cette manière : *la cession d'un fonds de commerce comprend elle les créances et les dettes dérivées de l'exploitation antérieure?* On a dit, dans la discussion de la notion de fonds de commerce, qu'il n'existait pas de lien juridique nécessaire entre les divers éléments qui marquent la situation active et passive d'un établissement commercial, qu'il ne pourrait donc, en particulier, être question d'une transmission de plein droit des créances et des dettes au cessionnaire d'un fonds de commerce, que la solution du point de savoir s'il faut englober dans la cession ces créances et ces dettes ne dépendait que de l'interprétation de la volonté des parties contractantes. Dès lors, dira-t-on, tout se ramène à cette question : les parties ont-elles entendu qu'il y aurait transmission au successeur des créances et des dettes ? si elles l'ont voulu, comment régler l'effet de leur volonté ? Mais alors, on peut penser que la matière n'a rien de spécial, qu'il n'y a plus qu'à appliquer, pour cette hypothèse, les principes du droit commun.

Cependant, nous avons déjà dit que, en Allemagne, un des points les plus vivement discutés sur les cessions de fonds de commerce a été précisément la question de

leur effet sur les relations juridiques préexistantes à l'acte de transmission, sur les créances commerciales créées dans l'exploitation antérieure et surtout sur les dettes de l'établissement cédé. Dans une pratique commerciale très favorable aux cessions globales de fonds de commerce avec actif et passif, le problème prenait une importance capitale.

Dira-t-on qu'il s'agit là d'institutions particulières à une législation et à des usages différents des nôtres et qui manquent chez nous d'applications pratiques? On pourrait répondre en quelque sorte *à priori* qu'il serait assez surprenant qu'une question, qui s'est élevée en Allemagne sur le terrain pratique, ne correspondît pas à des situations que nous connaissions nous-même. Et de fait, les hypothèses ne manquent pas, dans notre pratique commerciale, où, à propos d'une cession de fonds de commerce, il faut spécialement régler le sort des relations juridiques dérivées de l'exploitation antérieure. Sans doute, il faut le reconnaître, la question est loin d'avoir chez nous l'ampleur qu'elle a prise dans la pratique allemande. Les cessions de fonds de commerce que l'on a le plus souvent à considérer ont une portée assez restreinte; ainsi, il arrive fréquemment que le cédant se réserve la liquidation des affaires pendantes, s'il en existe, que c'est à son compte qu'auront lieu le recouvrement des créances et l'acquittement des dettes (1). Mais, il ne suit de là aucunement que l'on ne se trouvera jamais ou que très rarement en face d'une transmission plus vaste et plus complexe. D'une manière générale, lorsqu'il s'agit d'une exploitation

(1) Lèbre, *op. cit.*, n° 2; Thaller, *Traité*, n° 79.

assez étendue, la cession englobera les contrats et marchés passés antérieurement et non encore liquidés, surtout quand il s'agira de rapports à longue durée. On trouvera alors fréquemment cette clause que le cessionnaire est « *subrogé activement et passivement* » aux traités en cours d'exécution : par exemple, avec le fonds d'un éditeur on cèdera les contrats d'édition, avec une exploitation théâtrale les contrats d'engagements d'artistes, avec une usine les marchés à livrer, etc. La pratique nous fournit un exemple typique où précisément le fonds de commerce, l'organisation transmise, se compose principalement de contrats : c'est l'hypothèse d'une *cession de portefeuille* par laquelle une Compagnie d'assurances transmettra à une autre le stock de ses polices en cours. Dans les entreprises organisées sous la forme de sociétés, les transmissions intégrales des éléments de l'exploitation seront particulièrement fréquentes. Lorsqu'un fonds de commerce est apporté dans une société, il l'est le plus souvent en bloc, actif et passif tout à la fois. Lorsqu'une société est dissoute, et qu'un ou plusieurs des anciens associés continuent les affaires, la nouvelle gérance reçoit le fonds de commerce avec tout ce qui s'y rattache et prend à son compte la liquidation des opérations antérieures. Lorsqu'une société est substituée à une autre, elle prend ordinairement la situation active et passive de la société cédante : par exemple, une Compagnie de chemins de fer cède ses lignes, sa concession ; en même temps qu'elle passe à la Compagnie nouvelle tous les éléments de son actif, elle se décharge de son passif d'exploitation, la compagnie cessionnaire devra, en particulier, continuer le service des intérêts et de l'amor-

tissement des obligations de la compagnie cédante. Ce sont des combinaisons analogues que l'on rencontrera la plupart du temps dans les transformations diverses auxquelles peut donner lieu une exploitation sociale : fusions, annexions, etc. On pourrait multiplier les exemples, mais on voit suffisamment qu'il ne manque pas d'hypothèses intéressantes, où l'on pourra se poser la question de savoir comment doit être réglée la transmission de ces diverses relations juridiques qui se rattachent à l'exploitation cédée.

Le problème ne présente pas à tous les points de vue la même complexité. Pour plus de netteté, reprenons la forme la plus commune sous laquelle on envisage la difficulté : que deviennent, en cas de cession d'un fonds de commerce, les créances et les dettes dérivées de l'exploitation antérieure ?

La première question à régler est de savoir quel est, *inter partes*, entre cédant et cessionnaire, le contenu de la cession. Pas de transmission de plein droit et nécessaire, nous sommes maintenant fixés sur ce point. Créances et dettes ne passeront au cessionnaire que si la volonté des parties a été de les comprendre dans l'acte de transmission. Fort bien si leur volonté sur ce point peut être révélée, ce n'est là évidemment qu'une question d'interprétation assez ordinaire. Mais, en cas de doute, que présumer ? On a essayé, en Allemagne, d'établir une présomption générale d'après laquelle, à défaut de manifestation contraire, soit formelle, soit implicite, de la volonté des parties, il faudrait comprendre dans la cession du fonds les créances et dettes de l'exploitation (1). Mais, ce système de présomption à

(1) V Cosack, *Lehrbuch des Handelsrechts*, pp. 67 et 68, III, 1.

priori, qui d'ailleurs paraît être communément rejeté en Allemagne, ne peut être accepté dans l'état de nos conceptions. Nous dirons plutôt que, sur la question examinée, on ne peut fixer de présomption générale ni pour ni contre, et pour nous, le point de savoir, si dans une cession de fonds de commerce il faut englober les créances et les dettes, devra se régler uniquement d'après les circonstances selon les règles ordinaires de l'interprétation des contrats. Pour parler d'une transmission de créances et de dettes du cédant à son successeur, il faut donc supposer que leur volonté d'opérer cette transmission est établie. Quel effet va-t-elle produire ? L'effet général réalisé dans les relations intérieures entre cédant et cessionnaire, est assez facile à déterminer : le successeur devient créancier et débiteur à la place du cédant, il aura le profit de la créance et la charge de la dette. Telle doit être au moins la conséquence définitive ; car, évidemment, on peut supposer qu'elle est diversement réalisée : par exemple, c'est le cédant qui aura à encaisser les créances ou à payer les dettes sauf à rendre compte au cessionnaire, etc. Les parties auront à déterminer la manière dont leur convention de cession devra être réalisée : c'est toujours l'effet interne de l'opération ; nous le supposons réglé. Mais, lorsqu'on parle de créances et de dettes et de leur sort dans une cession de fonds de commerce, il faut se préoccuper des tiers, débiteurs ou créanciers, qui sont en rapport avec le cédant. La question change alors de face : ce n'est plus de la transmission *inter partes*, entre cédant et cessionnaire, qu'il s'agit, mais de l'effet de la cession du fonds de commerce vis-à-vis des tiers, débiteurs ou créanciers, c'est-à-dire, à ce

point de vue, de l'effet externe de la cession. Le cessionnaire du fonds deviendra-t-il créancier vis-à-vis des débiteurs de l'établissement cédé? deviendra-t-il à l'inverse débiteur vis-à-vis des créanciers du même établissement? dans quelles conditions pourra s'opérer cette introduction d'un nouveau sujet dans les rapports juridiques établis?

Ici, la question peut être divisée d'après les difficultés que sa solution présente. Cette introduction d'un nouveau sujet dans une relation juridique sera beaucoup plus facile s'il s'agit d'un nouveau sujet actif, parce que l'acte qui l'opérera n'exigera pas nécessairement l'intervention et l'adhésion de la personne vis-à-vis de laquelle ce rapport existe. La créance, notamment, pourra être transférée de la tête du cédant sur celle du cessionnaire du fonds de commerce, celui-ci peut être mis à la place de son prédécesseur vis-à-vis du tiers débiteur. Notre Code admet parfaitement ce transfert de la créance par simple convention entre le cédant et le cessionnaire sauf, s'il y a lieu, l'accomplissement des formalités de l'art. 1690, C. civ., pour rendre le transport opposable aux tiers. Appliqué à une cession de fonds de commerce, ce mode de cession des créances ne sera ni plus ni moins soumis aux règles ordinaires; qu'elles soient absorbées avec d'autres éléments dans une universalité fonds de commerce, qu'elles soient réunies en faisceau ou disjointes, les créances seront transmises toujours de la même manière. Sans doute, la condition imposée pour rendre le transfert opposable aux tiers pourra être gênante lorsqu'il s'agira d'une foule de rapports transmis ensemble, mais du moins

le transfert est-il possible et soumis à des règles précises et certaines.

En somme, la transmission des droits, des valeurs actives, qui se rattachent à une exploitation déterminée sera, en principe, de règlement facile. Quelquefois cependant, on a pu hésiter sur le point de savoir si certains droits connexes à une exploitation sont cessibles ou au contraire inaliénables comme étant attachés à la personne de leur titulaire. Nous avons signalé une difficulté de ce genre en matière de contrats d'édition, et la distinction faite par la jurisprudence entre les traités où domine l'*intuitus personæ*, c'est-à-dire la considération des qualités individuelles de l'éditeur cédant, et ceux où, au contraire, l'auteur a plutôt considéré la « *personnalité commerciale* » de l'éditeur, c'est-à-dire en quelque sorte la personnalité de la maison dont il est le chef ; dans ces derniers cas, la cession faite de ses droits par l'éditeur sera en principe reconnue valable. On discute de même le point de savoir si les services du commis engagé par un commerçant sont personnels à ce dernier et incessibles à son successeur, ou si au contraire, en cédant son fonds de commerce, il pourra transmettre au cessionnaire le bénéfice de cet engagement (1). Mais, en général, et à part des difficultés inhérentes à certaines situations spéciales, la transmission des relations juridiques qui se présentent pour le cédant sous le côté actif ne soulèvera aucune objec-

(1) V. dans le sens que le commis serait engagé envers le cessionnaire du fonds de commerce : Lyon-Caen et Renault, III n° 511 ; — *Contra* : Rivière, du *Commis voyageur*, n° 125 ; Lyon. 18 janv., 1848. S. 48, 2, 404 et note ; D. P., 48, 2, 175 ; Lyon, 18 mars 1885. *Gaz. Pal.*, 85, 2, 559 ; Pand. fr. Rép. V° *Commis voyageur*, n° 269.

tion de principe. Elle sera même sous-entendue pour certains droits attachés intimement au fonds cédé, tels les droits qui résulteraient, pour le cédant, d'une obligation de ne pas faire concurrence contractée envers lui par un cédant antérieur ou par un employé, suivant un point de vue que nous avons indiqué.

Autrement délicate sera la question de savoir comment un nouveau sujet passif pourra être placé dans un rapport d'obligation, comment les dettes contractées dans l'exploitation antérieure pourront être transmises au cessionnaire du fonds de commerce. Qu'il s'agisse de dettes envisagées isolément ou de dettes mêlées à des droits dans un rapport complexe, la question du transport des obligations, de la « face passive » d'une relation juridique, soulève de grands embarras. C'est sur elle qu'on a dû surtout discuter en matière de cessions de fonds de commerce, elle a donné lieu, notamment en Allemagne, à des controverses et à des solutions intéressantes, elle trouve aussi dans notre droit des applications qui ne manquent pas d'importance. C'est, nous semble-t-il, une raison pour insister plus particulièrement sur cette matière.

Section II. — Le problème du transport des dettes à titre particulier, ses applications dans les cessions de fonds.

§ I. — *Notions générales sur le transport des dettes (1).*

Le transport à titre particulier des dettes a toujours

(1) La question du transport des dettes a fait l'objet de très nombreux travaux en Allemagne. Elle est beaucoup moins connue en France;

soulevé plus d'embarras que celui des créances. Cela se conçoit aisément : s'il importe ordinairement peu au débiteur de payer à tel créancier ou à tel autre, il importe au contraire généralement au créancier, de savoir avec qui au juste il aura à compter pour l'exécution de l'obligation prise à son égard. Il résulte de ce point de vue très général, que le créancier pourra imposer à son débiteur un autre créancier qui lui sera substitué, qu'au contraire un débiteur ne pourra se substituer un autre débiteur sans le consentement du créancier. Comment donc pourra-t-on introduire un nouveau sujet passif dans un rapport d'obligation ?

En matière de transmission des dettes, il importe, on le sait, de distinguer deux notions différentes : celle de *contribution* et celle d'*obligation* à la dette. La question de contribution est intérieure aux rapports des deux parties qui veulent traiter de la dette de l'une. Si seule la charge de la contribution passe du débiteur originaire à une autre personne, l'opération ne concerne aucunement le tiers créancier, du moins ne produit vis-à-vis de lui aucun effet direct. Si le cessionnaire du fonds de commerce, sans vouloir s'obliger directement envers les créanciers du cédant, consent néan-

nous devons cependant signaler des études fort remarquables faites par des auteurs récents qui ont pénétré à fond les institutions allemandes et se sont efforcés, non seulement d'expliquer la théorie de la cession des dettes, mais aussi de mettre en relief leurs applications pratiques, spécialement les applications de la pratique commerciale allemande en matière de cessions de fonds de commerce : ce sont surtout la dissertation de M. Saleilles, *De la cession de dettes*, dans *Ann. de droit commercial*, 1890, Doctrine, pp. 1-47, et l'ouvrage de M. Gaude-met, *Etude sur le transport des dettes à titre particulier*, Paris, 1898 ; — V. aussi Rosy : *Des cessions de portefeuille et des réassurances générales*, Paris, 1899 (spécialement pp. 194 et s.).

moins à assumer la charge des dettes, il n'y a pas là un véritable transport de dettes (1). Tout autre est la question d'obligation, elle intéresse directement le créancier dont elle règle les droits ; comment un nouveau sujet pourra-t-il être directement obligé aux créanciers ? C'est là le point délicat du problème. Il faut évidemment toujours que le créancier accepte son nouveau débiteur, mais quelle est la portée de son intervention ?

Nous n'avons ici qu'à rappeler les infinies controverses soulevées par la question, les efforts qu'elle a suscités, surtout en Allemagne, les vives discussions dont elle a été l'objet dans ce pays avant la consécration par le nouveau Code Civil de l'Empire d'une institution très originale et très hardie, la *cession de dettes* par contrat entre les deux débiteurs successifs.

Pour s'expliquer les difficultés que l'on a éprouvées à systématiser sur ces points, il faut considérer l'évolution subie dans l'histoire par la notion d'obligation. Originellement, la dette apparaît comme essentiellement personnelle, elle est même réellement attachée à la personne physique, au corps du débiteur. Aussi a-t-elle longtemps gardé et conserve-t-elle encore les traces de ce caractère primitif. D'où bien des hésitations, que l'on comprend aisément, lorsqu'il s'est agi de faire de la dette un objet de disposition comme tout autre élément du patrimoine. Cependant, peu à peu on est arrivé à considérer dans la dette bien moins le côté subjectif que la signification objective, bien plus la « valeur économique » de la dette que l'individualité du débiteur, à « mobiliser » la dette, à la commercialiser en quelque

(1) Saleilles, *op. cit.*, pp. 11 et s. ; Gaudemet, *op. cit.*, pp. 8 et s.

sorte. Le « titre de débiteur » a pu être envisagé comme une « qualité mobile susceptible de négociation », on a conçu le « transfert de la qualité de débiteur », pour la cession de dettes, comme le « transfert de la qualité de créancier » dans la cession des créances, une véritable « succession à titre particulier à la dette » comme l'on connaît une véritable succession à titre particulier aux créances (1). Aujourd'hui, s'il reste encore bien des incertitudes et des obscurités, du moins est on arrivé à préciser bien des notions, et à mieux définir les contours des diverses institutions relatives à la matière.

Nous avons dit que l'on était parvenu à concevoir pleinement le transport parfait, la cession parfaite de la dette. Le transport parfait de la dette est celui qui, par la convention entre les deux débiteurs, dès cette convention, indépendamment de l'intervention du créancier, communique la dette à une autre personne, sans modification de l'identité objective de cette dette. L'adhésion du créancier est toujours évidemment nécessaire pour qu'un tel transport lui soit opposable, mais elle ne fait que confirmer une cession déjà valablement opérée entre les parties contractantes : la cession de dettes devient le pendant de la cession de créances. Or, le nouveau Code Civil allemand, après une longue et laborieuse élaboration, vient de consacrer une institution dont le résultat s'adapte à la notion signalée de cession parfaite de la dette, mais dont l'explication théorique est extrêmement délicate (2).

(1) Saleilles, *Cession de dettes*, passim. et not^h., pp. 11 et s. ; Gaudemet, *op. cit.*, passim. et not. l'introduction ; Rossy, pp. 222 et s.

(2) Code civil allemand du 18 août 1896 : *Schulduebernahme*, art. 415 et s. (traduction de la Grasserie, pp. 89 et s.) ; Gaudemet, *op. cit.*, pp. 428 et s. ; Rossy, p. 227 ; — Cf. sur les projets, Saleilles, *op. cit.*

Ceux qui chez nous ont approfondi l'évolution qu'a couronnée d'une façon si typique la nouvelle institution allemande de la cession de dettes, font valoir les avantages qu'elle présenterait comme instrument simple et très souple du transport des obligations, qui pourrait aisément se plier à une fonction économique fort utile. Ce procédé permet, en effet, de réaliser le déplacement de l'obligation sans détours et sans entraves, et de le réaliser conformément au but pratique que les parties peuvent avoir en vue. Au fond, disent ces auteurs, rien n'empêcherait d'appliquer l'institution même sous l'empire de notre législation actuelle, quoique évidemment un remaniement législatif reste désirable (1).

Cependant, notre doctrine ordinaire et notre jurisprudence sont encore loin d'en arriver à cette conception, sans doute hardie, mais qui paraît bien n'être que le développement rationnel de la notion moderne de l'obligation.

Est-ce à dire qu'on ignore chez nous le transport des dettes ? Sans doute, on écarte en général l'idée de cession véritable, de succession à titre particulier à l'obligation ; mais on s'adresse, pour arriver à un résultat approchant, qui d'ailleurs peut être dans certains cas le résultat pratique recherché, à d'autres procédés plus indirects. L'idée traditionnelle chez nous, en matière de modification dans la face passive d'un rapport d'obligation, c'est surtout celle de la *novation* — *substitution*, procédé, non de transfert, mais de reconstruction, éteignant la dette de l'ancien débiteur et lui substituant, avec un nouvel obligé, une dette nouvelle

(1) Saleilles, *op. cit.*, not^t pp. 38-47 ; Gaudemet, *op. cit.*, p. 538 ; Rossey, pp. 228 et s.

aussi. La novation par changement de débiteur peut opérer avec le seul concours du créancier et du nouveau débiteur (art. 1273 Civ.). Elle peut aussi être la suite d'un acte impliquant le concours des trois intéressés, le créancier et les deux débiteurs successifs, d'une *délégation*, par laquelle le débiteur originaire délègue au créancier un nouveau débiteur que ce créancier accepte en déchargeant l'obligé primitif : c'est la délégation appelée *parfaite* ; on sait que, chez nous, on exige en principe, pour que l'acceptation du créancier opère libération de l'ancien débiteur, une décharge expresse. Lorsque, à la suite de la délégation qui lui est faite, le créancier accepte le débiteur délégué sans libérer le débiteur délégant, il y a *délégation imparfaite*, parce qu'il y a désormais co-existence de deux débiteurs, telle est la règle d'après nos principes. Ce qu'il importe de remarquer, c'est que dans toute délégation, qu'elle opère comme délégation parfaite ou comme délégation imparfaite, le créancier tient son droit contre le délégué, c'est-à-dire contre le nouveau débiteur, d'un contrat spécial passé avec ce dernier, et non pas directement d'une convention entre les deux débiteurs ; de plus, la dette mise à la charge du nouveau débiteur, à suite de la délégation, n'est pas identique à la dette originaire : c'est une dette nouvelle, qui, dans un cas, est complètement substituée à l'ancienne dette désormais disparue, et, dans l'autre cas, est adjointe à l'ancienne dette dont le débiteur primitif continue à être grevé. Il n'y a pas dans tous ces cas de véritable succession à la dette (1).

(1) Gaudemet, pp. 273 et s. ; Rossy, pp. 202 et s.

L'application, au transport des dettes, de la *stipulation pour autrui* est particulièrement notable, surtout dans notre droit qui ne connaît pas la cession véritable de dettes. On sait comment chez nous l'élasticité même des textes, de notre art. 1121 civ. notamment, a permis aux interprètes de faire de la stipulation pour autrui un instrument très souple de création de droits. Appliquée au transport des dettes, elle permet très simplement de faire acquérir au créancier, par la convention même entre son débiteur et celui qui veut prendre aussi place dans la dette, un droit direct contre ce nouvel obligé. Sans doute, la construction juridique de cette formation d'un droit nouveau au profit du tiers bénéficiaire est assez incertaine, et a donné lieu à de multiples controverses. Cependant, on peut dire que, d'une manière générale, on est arrivé, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence modernes, à simplifier beaucoup le mécanisme de la stipulation pour autrui, et, en matière de transport de dettes, à considérer très facilement que la convention entre le stipulant et le promettant crée elle-même au profit du tiers créancier un droit direct, immédiat ; sans doute, une révocation est en général possible jusqu'à l'acceptation du créancier, mais, cette acceptation, qui d'ailleurs peut se manifester de la manière la plus simple, ne réalise pas la formation du droit, elle la confirme seulement, et cette adhésion confirmative rétroagit au jour de la convention elle-même. Pour beaucoup, la stipulation pour autrui, avec l'extrême souplesse que l'on peut arriver à lui donner, est un instrument sinon parfait, du moins très satisfaisant, de transport des dettes. Cependant, si l'on compare le transport par stipulation pour autrui au transport par

véritable cession de dettes selon la notion allemande, on pourra remarquer, qu'il est difficile de faire produire au premier procédé tous les résultats auxquels le second permet d'arriver; c'est qu'en principe, la stipulation pour autrui, le contrat entre stipulant et promettant, oblige bien le promettant directement envers le tiers créancier, mais, au lieu de lui communiquer la dette ancienne du stipulant, crée à sa charge une dette nouvelle qui a sa base dans le contrat intervenu avec le stipulant et qui s'adjoint à la dette originaire de ce dernier (1).

Nous n'entendons évidemment indiquer que les très grandes lignes des solutions que l'on a pu donner au délicat problème du transport des dettes. On voit, par cet aperçu très sommaire, combien la question est complexe. Nous savons que l'on peut concevoir plusieurs procédés plus ou moins directs, plus ou moins parfaits, pour introduire dans un rapport juridique un nouveau sujet passif.

Il nous faut maintenant étudier les applications qui peuvent être faites aux cessions de fonds de commerce. Nous indiquerons, tout d'abord, les règles spéciales que l'on a établies sur ces points en Allemagne; nous rechercherons ensuite comment la question a pu être posée et résolue, dans notre pratique française, pour des applications analogues.

(1) Saleilles, pp. 6 et s.; 13 et s.; Gaudemet, pp. 319 et s.; Rossy, pp. 212 et s.

§ II. — *Les systèmes allemands sur le transport du passif commercial dans les cessions de fonds de commerce* (1).

La pratique des cessions globales de fonds de commerce *mit Activis und Passivis* est fort ancienne en Allemagne ; la clause par laquelle le successeur, en prenant tous les éléments de l'actif, déclare prendre en même temps le passif de l'établissement cédé, est depuis longtemps très fréquente (2). Sous l'empire d'une législation favorable, cette pratique a pris un grand développement, et ces transmissions intégrales d'affaires commerciales ou industrielles ont reçu usuellement d'importantes applications. Comme nous l'avons déjà

(1) V. notamment : Regelsberger, *Ueber die Haftung des Firmaerwerbers für die unter der Firma von einem früheren Inhaber eingegangenen Verbindlichkeiten*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, t. XIV (1870), pp. 1-34 ; — Veit-Simon, *Ueber die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts für die vor Erwerb desselben entstandenen Handlungsschulden*, *Zeitsch. f. d. g. H.*, t. XXIV (1879), pp. 94-174 ; — Ehrenberg, *Ueber das Wesen der Firma, zugleich ein Beitrag zur Lehre von den negativen Verbindlichkeiten*, *Zeitsch. f. d. g. H.*, t. XXVIII (1882), p. 25-55 ; — Ladenburg, *Haftet der Uebernehmer eines bestehenden Handelsgeschäfts in seiner Gesamtheit, d. h. mit allen Activen und Passiven, für die Schulden desselben, auch den Gläubigern gegenüber ?* *Zeitsch. f. d. g. H.*, t. XXX (1885), pp. 90-100. — Otto Gierke, *der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches*, *Zeitsch. f. d. g. H.*, t. X LV (1896), p. 462 ; — M. Wolff, § 344, Absatz 2, *des Handelsgesetzbuchs vom 10 mai 1897, und seine Tragweite, insbesondere bei der Veräusserung des Handelsgeschäfts*, *Zeitsch. f. d. g. H.*, t. XLVII (1898), pp. 255-266. — Cosack, *Lehrbuch des Handelsrechts*, (1898), pp. 67-72. = Saleilles, *Cession de dettes*, *op. cit.*, *passim* et not^t, pp. 4-9 ; 32-38. — Gaudemet, *op. cit.*, pp. 419-422 ; 443-444 ; 483-492 ; 534-536.

(2) Gaudemet, *op. cit.*, p. 443.

fait apercevoir, l'originalité, l'importance de ces institutions ainsi créées par la coutume commerciale, devaient naturellement susciter des efforts pour leur donner une base juridique précise et les soumettre à une réglementation spéciale. D'où bien des systèmes et bien des controverses ; naturellement, la question qui dominait le débat, était celle du transport des dettes dérivées de l'exploitation et cédées avec les autres éléments de cette exploitation elle-même.

Une pratique assez incertaine, une doctrine très oscillante, tel a été longtemps l'état de la question du transport du passif commercial dans les cessions de fonds de commerce. La coutume était en somme le vrai régulateur, mais elle était parfois bien indécise. Plus d'une fois, on appela l'intervention du législateur, elle fut longue à venir ; on pouvait se demander s'il ne valait pas mieux laisser la réglementation se créer d'elle-même par les simples usages. Dans les conférences de Nüremberg préalables à la promulgation de l'*Handelsgesetzbuch* de 1861, on discuta nécessairement une des questions depuis longtemps indiquée comme une des premières que l'on devrait résoudre dans la revision de la législation commerciale. Seulement, les avis se trouvèrent tellement partagés, qu'on décida d'abandonner l'idée d'une réglementation juridique de la matière (1), et la controverse continua plus que jamais. Cependant, on comprit qu'il n'était guère possible de laisser se perpétuer tant de discussions, et le législateur, de nouveau appelé à reviser la loi commerciale, finit par se prononcer en insérant, dans le

(1) Regelsberger, *op. cit.*, pp. 9 et 10 ; Veit-Simon, p. 92.

Code de Commerce du 10 mai 1897, des dispositions formelles sur la question.

Avant d'indiquer la solution légale, il est essentiel de rappeler les traits principaux de l'élaboration coutumière et doctrinale qui la prépara.

I. — *La question du transport des dettes commerciales avant le nouveau Code du Commerce.*

La pratique, nous le savons, était très favorable à une association de l'actif et du passif d'un fonds de commerce. N'était-ce pas là une indication pour le règlement juridique de la question qui nous occupe ?

Nous avons signalé l'essai que tentèrent plusieurs doctrinaires en rattachant cette association de l'actif et du passif commerciaux à une nature juridique spéciale du fonds de commerce, les uns, l'exaltant à la hauteur d'une véritable personne morale, d'autres, plus modestes en apparence tout au moins, le constituant en patrimoine indépendant ou en *universitas juris*. On sait le sort que l'on fit en général à ces efforts de systématisation. D'autres, voulaient à toute force trouver la solution dans les dispositions du Code de Commerce de 1861 dont les rédacteurs cependant, nous l'avons dit, en avaient dû abandonner l'idée ; tels invoquaient l'art. 113 : « Quiconque entre dans une société déjà constituée est responsable au même titre que ses autres co-associés de toutes les obligations sociales contractées avant son accession, que la raison sociale ait été ou non modifiée. Toute convention contraire est nulle à l'égard des tiers (1) » ; tels autres, voulaient interpréter

(1) Ladenburg, *op. cit.*, pp. 95 et s. ; cf. un jug^t cité par Veit-Simon, *op. cit.*, p. 136.

les art. 22 et 23 en ce sens que la transmission de la firme au successeur emporterait nécessairement obligation de ce dernier pour le passif. Mais, on faisait remarquer, au contraire et avec raison, que cette manière d'interpréter la loi était bien moins l'expliquer que la faire (1).

En somme, on entendait généralement rejeter toute solution *a priori* et impérieuse, et dès lors la question se ramenait à l'interprétation des usages et des actes particuliers de volonté (2).

Beaucoup de difficultés se présentaient alors. Si l'on suppose que l'acte de cession indique formellement la transmission du passif au successeur, bien des points peuvent encore être douteux. Evidemment, entre les parties contractantes, la convention fera loi ; il faudra que la charge des dettes demeure en définitive au cessionnaire ; si l'acquéreur du fonds ne paie pas directement les créanciers, il devra indemniser le cédant des paiements effectués ; le résultat recherché devra, en somme, être atteint de la manière que les parties ont convenu. Mais, est-ce à un effet purement intérieur à leurs relations entre elles que les parties ont entendu restreindre la convention de transmission des dettes commerciales ? N'a-t-il pas été, au contraire, entendu que le successeur serait directement obligé vis-à-vis des créanciers ? et alors sera-t-il désormais seul obligé, ou tenu à côté de son prédécesseur ? Faudra-t-il un acte particulier de volonté entre le successeur et chacun des créanciers ? Ne pourra-t-on pas, au contraire,

(1) Regelsberger, *op. cit.*, pp. 21 et s. ; Veit-Simon, pp. 133 et s.

(2) Regelsberger, *op. cit.*, p. 27 ; cf. Saleilles, pp. 8 et 35 ; Gaudemet, pp. 487 et s.

opérer en bloc une obligation de ce successeur vis-à-vis d'un groupe de créanciers ou de tous ? La cession du passif dans le contrat suffira-t-elle pour cela ? Ne faudra-t-il pas un avertissement public indiquant la volonté du successeur de prendre le passif à sa charge ? Quelle sera la forme de cet avertissement et quel effet produira-t-il ? Que si l'on suppose que l'acte de cession est muet sur la question du passif, faudra-t-il présumer la cession de ce passif ? Cette présomption s'appliquera-t-elle aussi bien dans les rapport directs du successeur et des créanciers que pour les rapports entre cédant et cessionnaire ?

Sur ces points, la coutume avait d'elle-même manifesté que l'on se trouvait en présence d'une hypothèse spéciale qui demandait une réglementation aussi spéciale. Assurément, les usages n'offraient pas toujours toute la précision désirable ; cependant, on peut discerner dans la pratique dont nous parlons certaines notions directrices fort importantes. Il faut remarquer, en effet, que c'est le sens pratique qui a toujours dominé cette institution ; ce sont des commerçants qui l'ont créée en quelque sorte d'instinct ; aussi est-elle toujours restée très difficile à définir pour l'analyse juridique.

Avec la tendance à admettre très facilement la transmission du passif au successeur, on peut signaler aussi la tendance à reconnaître et à faciliter une transmission qui produise des effets directs et immédiats vis-à-vis des tiers créanciers. On n'exigera pas, pour produire cet engagement direct du successeur vis-à-vis des créanciers commerciaux, qu'un acte spécial intervienne pour chacun des rapports considérés. Sans doute, il reste toujours possible que le cessionnaire se mette, par un

acte séparé, en rapport avec chacun des créanciers, de manière à devenir désormais, soit son seul obligé, soit un obligé adjoint au débiteur primitif. Mais, on comprend qu'un tel procédé est loin d'être pratique. Aussi, veut-on que la situation du successeur puisse être réglée à la fois dans son ensemble, qu'il prenne tout d'un coup son rang dans la masse des relations juridiques de son prédécesseur. Dès lors, comme on s'attache surtout à un effet aussi vaste et aussi radical, comme il s'agit là, d'ailleurs, de rapports commerciaux qui exigent un règlement net et de détermination facile, on sera porté à exiger des faits extérieurs, apparents à tous, pour qu'ils indiquent clairement au dehors la situation nouvelle qui a été créée par l'intervention d'un nouveau débiteur. En résumé, on distinguera en général entre l'acte interne qui passe au successeur la charge de la dette du prédécesseur, et, d'autre part, l'opération externe qui, vis-à-vis des tiers créanciers, installera le nouveau venu dans la place occupée autrefois par le cédant ; le cédant ne disparaîtra pas de l'obligation en principe, mais un nouveau débiteur pourra lui être adjoint dans la même dette, si un fait public a révélé son intervention. Ce sont là les grandes lignes de la pratique généralement consacrée ; elles ont pu être altérées ou déformées suivant les cas, mais elles sont toujours restées à peu près reconnaissables.

Entre les parties, cédant et cessionnaire du fonds de commerce, une clause fréquente mettra le passif à la charge du successeur ; il faut alors appliquer la convention. Mais, en cas de silence de l'acte, que présumer ? Pour certaines places commerciales, des usages particuliers réglaient la question, en présumant qu'à

défaut de clause contraire, c'est le successeur qui, ayant pris l'actif, doit désormais subir la charge des dettes ; c'est l'usage que l'on constate notamment à Hambourg (1).

On ne conteste évidemment pas l'efficacité de cette règle coutumière pour les contrées où elle est nettement dans l'usage. Mais faudra-t-il élargir la présomption pour toutes les hypothèses ? C'est ce que l'on a essayé quelquefois d'établir, en disant qu'il est juste de présumer que celui qui bénéficie de la masse active a pris à son compte « le passif qui forme la contre-partie », s'il n'y a de convention contraire constatée (2). Cependant, ces présomptions systématiques étaient généralement écartées en dehors des pays où elles étaient consacrées par l'usage.

Si tels étaient les principes qui servaient à régler le sort du passif commercial dans les rapports entre cédant et cessionnaire, comment déterminait-on l'effet de la cession vis-à-vis des tiers créanciers ?

En principe, on ne contestait pas que le successeur pût s'engager vis-à-vis des créanciers suivant les modes généraux : cautionnement, solidarité, engagement unilatéral pour certains, stipulation pour autrui, cession véritable de dettes (*schulduebernahme*) (3). Seulement, on considérait en outre, qu'à raison de la qualité spéciale du cessionnaire du fonds de commerce, son obligation exigeait, pour la commodité et la sécurité pratiques, des procédés spéciaux de constitution. Ainsi, on né-

(1) Cf. Gaudemet, pp. 487 et 491.

(2) Ladenburg, *op. cit.*, pp. 95 et s. ; cf. Cosack, *op. cit.*, (4^e édit.) p. 67, III, 1. ; sur la critique : Regelsberger, *op. cit.*, pp. 2, 12 et s. 27 et s. ; Veit-Simon, *op. cit.*, pp. 119 et s.

(3) Veit-Simon, *op. cit.*, pp. 96-109.

gligeait plutôt à ce point de vue l'acte de cession lui-même et ses clauses, pour s'en tenir de préférence à des formalités ou actes extérieurs et publics. Alors même que les parties aient formellement convenu entre elles la transmission du passif au successeur, on ne considérera pas, en général, que celui-ci s'est par le fait même obligé aux créanciers ; mais, on présumera au contraire qu'elles ont voulu simplement faire de la transmission du passif une affaire entre elles seules, si une mesure visible pour tous ne vient pas révéler l'engagement du successeur. La publicité donnée aux conditions de la succession commerciale devient, par là, une raison à la fois nécessaire et suffisante de l'obligation du cessionnaire aux créanciers.

Il faut indiquer quelles ont été, dans cette voie, les solutions pratiques et les explications théoriques.

Tout d'abord, il faut signaler une pratique sur les effets de laquelle on est d'accord : la publicité des déclarations de cession du passif commercial.

« C'est, en Allemagne, dit Veit-Simon (1), un droit coutumier universellement reconnu, que l'acquéreur d'un fonds de commerce est tenu à côté du précédent débiteur pour les dettes de l'établissement (*Handlungsschulden*), lorsqu'il a d'une certaine manière fait connaître publiquement qu'il prenait le passif à sa charge ». Il y a là, ajoute-t-il, une coutume que les commerçants suivent d'instinct. On ne fait aucune difficulté pour admettre que, par ces procédés, le successeur s'oblige directement vis-à-vis des créanciers, et

(1) *Op. cit.*, pp. 160 et s.

est tenu vis-à-vis d'eux, si ceux-ci y consentent, à côté du débiteur primitif (1).

Quelles sont donc les formalités qui peuvent indiquer ainsi au dehors la transmission du passif à l'acquéreur ?

La plus usuelle est l'envoi *de circulaires*, c'est-à-dire de lettres reproduites un grand nombre de fois et adressées aux personnes en relations avec l'établissement cédé ; c'est dans ces missives que l'acquéreur, comme nous le supposons, indique expressément sa volonté de prendre à sa charge le passif commercial de son prédécesseur. « *J'ai pris l'établissement à mon compte, actif et passif* », etc., etc. (2).

Telle est la mesure de publicité généralement employée, mais, elle n'est pas la seule. On peut se servir encore de *l'affichage dans les bourses de commerce*, c'est là du moins un usage communément répandu dans les villes hanséatiques, où la vie commerciale se

(1) Regelsberger, *op. cit.*, pp. 30 et s. ; Ladenburg, *op. cit.*, pp. 93 et s. ; cf. Saleilles, 36 et s. ; Gaudemet, pp. 485 et s.

(2) V. sur les formules usuelles employées, Veit-Simon, pp. 165 et s. et note 173 : « Ich habe das Geschäft mit Activis und Passivis übernommen » — « das Geschäft ist mit sämtlichen in Beziehung auf dasselbe stehenden Rechtsverhältnissen auf mich übergegangen », etc., etc. — Veit-Simon signale de même (p. 168) une forme analogue de circulaires usitée en Angleterre. « We hereby beg to give notice, that the goodwill of the business hitherto carried on by us under the firm of N. et Cy, has been transferred under this date together with all assets and liabilities to M. A » ; de même en Danemark. « Ieg overtrager doekningen of mit Firmas Passiva i enhver Henseende. » — En France, les circulaires d'avis de cessions de fonds de commerce sont, nous l'avons dit, généralement fort usitées, mais ordinairement elles ne contiennent aucune mention spéciale touchant le passif commercial. (Cf. un exemple cité par Veit-Simon, concernant le dédoublement d'une maison de commerce exploitée par une société à la fois à Paris et à Francfort).

concentre principalement dans les bourses (1). La publicité peut encore résulter, et c'est un procédé assez usuel, de l'*inscription de la cession du passif sur les registres du commerce* avec les publications complémentaires ordinaires (2).

Ce qu'il faut remarquer d'ores et déjà, c'est que ces publications de la prise en charge du passif par le cessionnaire opèrent, en principe, à multiple effet : si aucune réserve n'est faite dans la déclaration, elle contient promesse directe du cessionnaire vis-à-vis de tous les créanciers quels qu'ils soient, pourvu que la cause de leur créance se rattache à l'exploitation transmise. Par exemple, l'envoi, en nombre suffisamment considérable, de circulaires engageait le successeur vis-à-vis même des créanciers inconnus ou de ceux connus auxquels la communication n'avait pas été particulièrement adressée (3). D'autre part, cette déclaration publique suffit pour engager le successeur aux créanciers, on ne considère pas, en général, comme nécessaire, que le contrat de cession lui-même mette le passif à la charge de l'acquéreur (4).

Si l'on constatait l'effet attaché par l'usage à ces publications, il était assez difficile de l'expliquer juridiquement. Pourquoi cette notification était-elle ainsi nécessaire? quelle était sa valeur pour la création du droit des créanciers?

Les uns disaient que cette publication constituait une offre de contracter adressée collectivement aux

(1) Veit-Simon, p. 165.

(2) Veit-Simon, *op. cit.*, p. 165, notes 176 et 178.

(3) Veit-Simon, *op. et loc. cit.*

(4) Veit-Simon, pp. 160 et s. et nombreuses décisions citées.

créanciers ; une acceptation expresse de ces derniers n'est pas nécessaire, parce que l'offre, dit-on, tend à donner un droit aux créanciers ; la seule poursuite exercée par chacun des créanciers équivaut à acceptation (1). Certains voyaient dans la publication une promesse du successeur valant immédiatement comme *engagement unilatéral* suivant les théories de Siegel (2).

Cependant, on reconnaissait plutôt qu'il y avait là une règle juridique spéciale, créée par l'usage, et qu'il ne fallait pas chercher à expliquer par les principes généraux du droit. Ainsi, pour expliquer cet effet obligatoire de la déclaration de prise en charge du passif, on disait que c'était une règle juridique particulière produisant des effets immédiats, que sa raison était une « raison extérieure à la volonté du successeur de s'obliger ». En effet, dit-on, le successeur peut, par cette déclaration, se trouver obligé envers des créanciers qu'il n'a pas connus, auxquels il n'a donc pu vouloir s'obliger, ce n'est donc pas sur une interprétation de volonté qu'il faut asseoir cette obligation du successeur ; la notification oblige le successeur, *en sa qualité propre d'acquéreur du fonds* ; si un tiers, non acquéreur de l'établissement commercial, faisait la déclaration suivante : « Je prends à ma charge les dettes de l'établissement », il ne s'en suivrait aucun effet juridique immédiat. A la vérité, « l'obligation du déclarant ne naît ni *ex contractu* ni *ex delicto*, mais *proprio quodam jure* » ; « le fondement de cette obligation est

(1) Regelsberger, *op. cit.*, p. 31 ; cf. Veit-Simon. *op. cit.*, pp. 160-162.

(2) Cf. Veit-Simon, *op. et loc cit.*

seulement dans cette règle immédiatement efficace, que l'acquéreur du fonds, en publiant sa prise en charge du passif, est tenu directement de ces dettes envers les créanciers (1). De cette manière, pour éviter de donner une base juridique précise à la solution envisagée, on la considérait comme règle absolument indépendante. C'est à une notion fort voisine que les jugements du *Reichsoberhandelsgericht* rattachaient en général l'action donnée aux créanciers après la publication de la transmission du passif : dans l'argumentation du tribunal supérieur, la publication contient incontestablement une invitation adressée aux créanciers de faire valoir leurs prétentions contre le successeur. Une telle publication contient de la part du successeur un « acte de disposition » obligatoire indépendamment de l'acceptation du créancier ; toute prétention contraire serait en opposition avec les exigences de la *bona fides* ; c'est l'équité commerciale (*Treu und Glauben*) qui est la véritable *causa obligatinis* (2).

En somme, on le voit, l'explication théorique restait fort indécise, quoiqu'on fût à peu près d'accord sur les applications (3).

Nous avons jusqu'ici envisagé le cas sur lequel on n'a généralement pas de doute, celui où le successeur, par un « avis public », indique sa volonté de prendre les dettes à sa charge.

169 Mais, d'abord, était-il nécessaire que la publication contienne expressément cette déclaration ? ne suffisait-il pas que le successeur ait fait connaître qu'il a repris

(1) Veit-Simon, *op. cit.*, pp. 104, 162 et s ; 171.

(2) Cf. arrêts cités par Veit-Simon, pp. 163-164.

(3) Cf. Saleilles, pp. 36 et s ; Gaudemet, pp. 484 et s.

les affaires ? Ordinairement, le cessionnaire qui ne voulait pas s'engager avait soin d'indiquer formellement qu'il n'entendait pas prendre les dettes à son compte (1). Mais, il pouvait arriver que l'acte de publicité, la circulaire d'avis de cession du fonds par exemple, n'indique qu'en termes généraux la cession, sans énonciation spéciale concernant le passif (2). Dans ces cas, la publication avait-elle, vis-à-vis des créanciers, le même effet obligatoire qu'une déclaration expresse de la reprise des dettes ? L'affirmative était admise par certains usages ; d'après la coutume de Hambourg notamment, il existe une *præsumtio juris et de jure* d'après laquelle l'indication publique d'une transmission d'établissement équivaut, en l'absence de limitation, à la déclaration formelle de prise en charge du passif (3). Cependant, malgré qu'on ait tenté quelquefois de généraliser cette présomption, on exigeait en général, au contraire, une indication expresse de la reprise du passif (4) ; on en comprend aisément la raison : pour des effets aussi vastes et aussi complets, il était nécessaire qu'il y ait une manifestation de volonté tout à fait nette (5).

(1) « Ich habe das Geschäft mit Ausschluss der Passiva erworben », Veit-Simon, *op. cit.*, p. 167.

(2) « Ich habe das Geschäft übernommen welches ich in unveränderter Art fortsetzen werde », Veit-Simon, *op. et loc. cit.*

(3) Aussi, est-il particulièrement important, sous l'empire de ces coutumes, que le successeur déclare expressément l'exclusion d'une cession du passif à son compte : d'où la formule usuelle : « Ich habe das Geschäft mit den Activis übernommen ; Passiva sind nicht vorhanden ». — Veit-Simon, *op. et loc. cit.*

(4) Veit-Simon, *op. et loc. cit.* ; cf. Gaudemet, *op. cit.*, pp. 485 et 491.

(5) Cf. Saleilles, *op. cit.*, pp. 31 et 38.

On pouvait se demander si, au lieu de rattacher l'effet obligatoire à la formalité de publicité, on ne pouvait pas le rattacher plutôt au contrat de cession du fonds lui-même, s'il contenait expressément ou implicitement une stipulation en faveurs des créanciers ; alors la publicité constituait une preuve de la stipulation pour autrui, de la création d'un droit pour les créanciers qu'elle invitait à l'accepter, mais non un élément nécessaire pour l'obligation du débiteur qui dès lors aurait pu être établie par d'autres moyens (1).

Dans un ordre analogue d'idées, en admettant qu'un fait extérieur soit nécessaire et suffisant pour obliger l'acquéreur vis-à-vis des créanciers, ne pouvait-on pas le trouver dans les circonstances elles-mêmes qui avaient accompagné la reprise des affaires ?

Sur ce point encore, la coutume avait indiqué des principes particuliers de solution. Dans plusieurs places commerciales, on avait depuis longtemps admis que le successeur serait *ipso jure* obligé directement envers les créanciers, par le fait même qu'il exerçait le commerce sous *la firme* que son prédécesseur lui avait transmise ; aucune convention expresse n'était nécessaire pour cela. Le cessionnaire avait la ressource de notifier publiquement son intention de rester étranger au règlement du passif, et s'il avait dû, faute d'avertissement en temps utile, payer ainsi des dettes que le contrat de cession ne mettait pas à sa charge, il avait un recours contre son prédécesseur. Il y a là une coutume fort curieuse qui subsiste encore très nettement dans certains pays, comme Hambourg, où, d'après

(1) Ladenburg, *op. cit.*, pp. 93 et 94.

l'organisation de l'institution des firmes, la transmission du nom commercial implique la reprise du passif (1).

Nous connaissons la signification très importante que l'on attache en Allemagne à la notion de la firme ; nous avons signalé à plusieurs reprises les tentatives faites pour rattacher à la firme des effets juridiques propres, pour déduire notamment de la cession de la firme la transmission *ipso jure* et nécessaire des dettes commerciales. On repoussait généralement dans le principe ces conceptions exagérées (2) ; toutefois, on fut amené à se demander si le fait, que le successeur usait de la *firme* du prédécesseur avec son consentement, ne pouvait pas, à défaut de preuve contraire, être envisagé comme équivalent à une publication de la cession du fonds.

C'est ce que finit par admettre un arrêt célèbre du tribunal de l'Empire (*Reichsgericht*) du 9 juillet 1880. Déjà, on avait pu remarquer, dans certains jugements du précédent tribunal supérieur de commerce de Leipzig (*Reichsoberhandelsgericht*), cette tendance à assimiler, quant à l'effet obligatoire vis-à-vis des créanciers commerciaux, la continuation de l'exploitation sous la même firme à une publication de la cession (3). Mais les circonstances mêmes dans lesquelles intervint l'ar-

(1) Veit-Simon, *op. cit.*, pp. 159-160 ; cf. Gaudemet, pp. 443 et 444, et 487, qui cite en ce sens, d'après Delbrück, (*die Uebernahme fremden Schulden* pp. 94-96), un article de l'ordonnance des faillites pour la ville de Hambourg de 1753, un parère de la Chambre de commerce de Francfort-sur-le-Mein, du 23 nov. 1824 et une décision de l'*Oberappellationsgericht* de Lübeck du 15 juin 1846.

(2) Regelsberger, *op. cit.*, pp. 17-27, Veit-Simon, pp. 137-160 ; Ehrenberg, *op. cit.*, pp. 32, 51 et s. ; — cf. Saleilles, *op. cit.*, p. 36.

(3) V. jugements cités par Veit-Simon, pp. 170 et s.

rêt du *Reichsgericht* de 1880 donnèrent à la solution une portée qui le signala à l'attention de tous. Le patron d'une usine avait promis à un ouvrier victime d'accident de le garder sa vie durant dans l'usine. L'établissement fut successivement cédé, et, l'un des cessionnaires ayant voulu congédier l'ouvrier, celui-ci prétendit que son patron actuel avait pris avec l'établissement les dettes et, en particulier, l'obligation de le conserver dans l'établissement. Vainement, le successeur objecta que la dette dont il s'agissait lui avait été inconnue, surtout il se prévalut qu'il n'y avait pas eu de déclaration publique pour avertir les créanciers. Mais, le *Reichsgericht* déclara alors « qu'il n'était pas nécessaire pour provoquer l'adhésion des créanciers d'une offre par voie de déclaration expresse et spéciale, mais que l'offre pouvait résulter des circonstances même qui avaient accompagné la reprise des affaires commerciales, et que le seul fait d'avoir continué les opérations de son prédécesseur en conservant la même raison commerciale et de l'avoir fait publiquement au vu et au su de tous ceux qui pouvaient être en rapport d'affaires avec le précédent propriétaire de l'usine, constituait d'après les usages du commerce une offre suffisamment caractérisée à l'égard des créanciers intéressés à l'affaire ». On attachait ainsi à la continuation de l'établissement sous l'ancienne firme les mêmes effets que l'on attribuait jusqu'alors à la publication de la cession du passif (1).

La solution, par sa nouveauté, suscita de vives controverses ; on considéra que le progrès des idées avait

(1) Cf. Saleilles *op. cit.*, p. 37, Gaudemet, *op. cit.*, p. 486 ; Ladenburg, pp. 93 et s.

été trop prompt. Des jugements assez rapprochés de celui que nous signalons reviennent alors en arrière; c'est ainsi qu'un arrêt du 9 janvier 1883 déclara de nouveau nécessaire la notification expresse de la prise en charge du passif, règle qu'il présente comme un principe du droit coutumier moderne (1). On se trouva alors devant une jurisprudence tout à fait incertaine qui tantôt s'en tient aux anciens principes, tantôt les restreint ou les élargit. On rencontre d'autres actes qui ont consacré la conception novatrice de l'arrêt de 1880 : nous en signalerons un, un jugement du *Reichsgericht* du 12 janvier 1886, dont nous tenons à relever la teneur particulièrement précise (2). Il s'agit d'une espèce analogue à l'arrêt de 1880. Un ouvrier avait été blessé dans une fabrique; de ce chef, il pouvait agir en dommages-intérêts (art. 2 de la loi sur la responsabilité, art. 120 de l'ordonnance sur l'industrie). Entre temps, une société par actions s'était rendue cessionnaire de la fabrique, actif et passif compris; ce fut contre la société cessionnaire que le demandeur exerça son action. Cette action fut repoussée en première instance et par le tribunal d'appel : on avait prétendu que, en admettant la cession du passif à l'acquéreur de l'établissement, les dettes quasi-délictuelles devaient en être exclues. Mais, le *Reichsgericht* admit au contraire la recevabilité de l'action en des termes qu'il importe de relever : « Si, dit-il, un commerçant ou, comme dans l'espèce, une société commerciale, reprend, actif et

(1) Ladenburg, *op. cit.*, pp. 96 et 97; cf. Saleilles, p. 37; Gaudemet, *op. cit.*, pp. 486 et 487.

(2) La traduction est empruntée aux *Pand. fr.* 1887, 5, 60; cf. *Ann. de Dr. comm.* Législ. Allemagne, p. 94.

passif compris, une affaire exploitée par un tiers, et si la cession de cette affaire a été rendue publique ou connue par circulaires, ou si l'acquéreur d'une affaire commerciale en cours se substitue par contrat au gérant actuel en reprenant l'actif et le passif et si celle-ci se poursuit *sous la raison sociale antérieure*, l'acquéreur répond d'une manière générale de *toutes les dettes incombant au maître précédent et relatives à l'affaire*. Il n'y a pas, en pareil cas, à se demander s'il a été dans la volonté des parties d'accepter ou non la transmission des dettes d'une certaine nature, car, le cessionnaire est tenu de *toutes les dettes commerciales concernant l'affaire cédée*. Parmi ces dettes, sont comprises non seulement celles qui ont leur origine dans des opérations de commerce ou dans des rapports contractuels, mais encore toutes les obligations qui sont en relation si étroite, si intime, avec l'exploitation qu'elles en apparaissent comme une conséquence ; dans certains cas, les *dettes délictuelles* peuvent donc être considérées comme des *dettes de l'exploitation*, et il n'est pas douteux notamment que les obligations qui naissent à la charge du propriétaire d'une fabrique de l'art. 2 de la loi sur la responsabilité, ne doivent être comprises parmi les dettes de l'exploitation ; car, d'après leur nature intime elles apparaissent comme une *conséquence de l'exploitation* ». Voilà évidemment une décision de principe qui est bien claire, cependant, on ne trouve pas toujours les mêmes précisions. Dans tels cas, on a exigé une publication de la clause de reprise du passif, d'autres fois, on semble s'être contenté d'une clause de cession contenue au contrat lui-même ; telles décisions parleront d'offre adressée collectivement aux créanciers,

telles autres de l'acquisition, au profit des créanciers, d'une action directe contre le cessionnaire du fonds avant toute acceptation de leur part (1). Tant d'hésitations devaient nécessairement amener l'intervention du législateur ; la question fut en effet formellement réglementée dans le récent Code de commerce.

II. — *Règlementation du transport du passif commercial dans le nouveau Code de Commerce.*

Voici les dispositions spéciales contenues dans le Code de Commerce du 10 mai 1897 (§§ 25-28) (2).

§ 25 « Toute personne qui continue, sous le nom commercial (*Firma*) primitif, avec ou sans indication de sa qualité de successeur, l'exploitation d'un fonds de commerce qu'elle a acquis entre vifs, répond de toutes les obligations contractées à l'occasion de l'exploitation du fonds par le précédent titulaire...

Une convention contraire n'est efficace à l'égard d'un tiers, que si elle a été inscrite au registre du commerce, et rendue publique ou notifiée au tiers par l'acquéreur ou par l'aliénateur.

L'acquéreur d'un fonds de commerce qui ne reprend pas le nom commercial ne répond des obligations contractées à l'occasion de l'exploitation antérieure, que s'il existe pour lui une cause particulière d'obligation,

(1) Cf. Gaudemet, *op. cit.*, pp. 486 et 487.

(2) Cette traduction est empruntée à M. Gaudemet, *op. cit.*, pp. 534-536. Le nouvel *Handelsgesetzbuch*, a été promulgué le 10 mai 1897 ; il aura force de loi avec le nouveau Code Civil le 1^{er} janvier 1900. (v. Pappenheim, *das neue deutsche Handelsgesetzbuch*, *Zeitsch. f. d. g. H.*, t. XLVI (1897), pp. 375-389 ; Cosack, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 4^e édit. pp. 16-17).

particulièrement si la reprise de ces obligations a été rendue publique par l'acquéreur suivant les procédés déterminés par les usages commerciaux ».

§ 26 « Dans le cas où l'acquéreur du fonds de commerce, soit par l'effet de la reprise du nom commercial, soit par l'effet de la publication mentionnée au § 25, al. 3, répond des obligations antérieurement contractées, les droits des créanciers contre le précédent titulaire se prescrivent par un délai de cinq ans, à moins que la prescription ne soit acquise plutôt par application des principes généraux.

Ce délai commence à courir, dans le cas du § 25, al. 1, à la fin du jour où le nouveau titulaire du nom commercial a été inscrit au registre du commerce du tribunal de l'établissement principal, et dans le cas du § 25, al. 3, à la fin du jour où la publication de la reprise a eu lieu. Si la créance n'était exigible qu'à une date postérieure, le délai de prescription ne commence qu'à cette date. »

§ 27 « Si une entreprise commerciale dépendant d'une succession est continuée par l'héritier, on applique à la responsabilité de l'héritier pour les obligations contractées dans l'exploitation antérieure les dispositions du § 25.

Il n'y a pas lieu à la responsabilité illimitée établie par le § 25, al. 1, quand la continuation de l'entreprise a commencé moins de trois mois après que l'héritier a eu connaissance de l'ouverture de la succession à son profit. On applique à ce délai les dispositions du § 206 du Code civil relatives à la prescription. Si, dans le cours des trois mois, le droit de renoncer à la succession n'est pas perdu, le délai ne prend pas fin avant l'expiration de délai de renonciation ».

A la seule lecture de ces dispositions, on voit qu'elles se sont au plus haut point inspirées des tendances très manifestes que nous avons signalées dans l'évolution antérieure. On peut aujourd'hui déterminer d'une façon précise les principes spéciaux reconnus par la loi et qui autrefois manquaient d'une base solide.

Nous laisserons de côté l'hypothèse particulière d'une transmission de fonds de commerce par voie héréditaire (1) pour nous tenir au type normal, celui d'une cession entre vifs : c'est pour cette hypothèse que nous définirons, en quelques traits rapides, la réglementation nouvelle. Nous distinguerons toujours les effets de la cession des dettes commerciales *inter partes* et les effets vis-à-vis des tiers créanciers.

A) *La cession des dettes commerciales dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire du fonds de commerce.*

Ce n'est pas pour ce côté de la question que le Code de commerce a statué, il reste soumis aux règles ordinaires. En principe, c'est l'interprétation de la volonté des parties qui déterminera s'il y a transmission au cessionnaire des dettes de l'exploitation antérieure, quelles dettes passent à sa charge, quelles dettes restent à la charge du cédant ; c'est par l'accord exprès ou tacite des parties que tous ces points se régleront (2). On retrouve donc toujours la question de savoir si, à défaut de manifestation suffisante de volonté, il faudra ou non présumer la cession du passif ; certains admet-

(1) V. Sur ce point spécial, Cosack, *op. cit.*, p. 73.

(2) Wolff, *op. cit.*, pp. 258, 265 ; Cosack, pp. 67 ; 70.

tent la présomption (1); plus généralement, sauf des usages spéciaux, on semble la rejeter (2). Il va sans dire que le cessionnaire, lorsqu'il aura dû payer une dette qui de par le contrat n'était pas à sa charge, aura recours contre le cédant.

B) *Effets de la cession du fonds vis-à-vis des tiers créanciers.*

C'est ici que nous allons trouver des solutions spéciales dont l'idée nous a été révélée déjà par l'état de la question avant la réforme législative.

Comment le successeur commercial pourra-t-il être obligé envers les créanciers commerciaux pour les dettes antérieures de l'exploitation ?

Il faut distinguer deux hypothèses d'après le texte lui-même.

1^{re} hypothèse : le cessionnaire ne reprend pas le nom commercial, la firme de son prédécesseur.

Le principe est le suivant : le cessionnaire « ne répond des obligations contractées à l'occasion de l'exploitation antérieure que s'il existe pour lui une *cause particulière d'obligation*. » (§ 25). Le seul fait, qu'il y a eu entre les parties convention expresse ou tacite de transmission des dettes, n'entraîne pas cette obligation du cessionnaire vis-à-vis des tiers créanciers, car, les parties ont pu ne vouloir donner à cette transmission qu'un effet interne dans leurs rapports entre elles (3). Mais, cette obligation directe du successeur vis-à-vis des créanciers peut dériver des modes

(1) Cosack, *op. et loc. citt.*

(2) Wolff, *op. cit.*, p. 258.

(3) Cosack, *op. cit.*, p. 70.

ordinaires : stipulation pour autrui, contrat de cession véritable de dettes entre le cédant et le cessionnaire, etc. Seulement, parmi ces causes d'engagement, le Code en relève une que la pratique commerciale nous a déjà signalée : c'est le cas où *la reprise des dettes commerciales a été rendue publique par l'acquéreur suivant les procédés déterminés par les usages commerciaux (circulaires, affiches, etc.)*.

On suppose ainsi qu'il y a un acte qui fait connaître d'une façon générale au public la transmission des dettes de l'exploitation au cessionnaire. Cette notification emporte en principe obligation du cessionnaire vis-à-vis de tous les créanciers de l'exploitation, peu importe que le successeur ne les ait point connus ; peu importe que les créanciers ne manifestent pas un acte spécial d'acceptation ; il est aussi indifférent qu'*inter partes* il y ait eu ou non cession des dettes. Pour que l'acquéreur, qui fait cette déclaration de prise en charge du passif, soit exempté d'un engagement à tel ou tel des créanciers, il faut qu'il en ait fait la réserve dans l'acte même de déclaration ou que, lorsque la déclaration est faite, le créancier intéressé ait reçu une notification spéciale contenant la réserve faite par le cessionnaire (1).

2^e hypothèse : *le cessionnaire reprend le nom commercial*.

Le principe est très net : « toute personne qui continue sous le nom commercial (*firma*) primitif, avec ou sans indication de sa qualité de successeur, l'exploitation d'un fonds de commerce qu'elle a acquis entre

(1) Cosack, *op. cit.*, pp. 70-71.

vifs, répond de toutes les obligations contractées à l'occasion de l'exploitation du fonds par le précédent titulaire. » (§ 25). La seule reprise des affaires sous le nom commercial primitif est une cause suffisante en elle-même pour engager le successeur directement, immédiatement, envers tous les créanciers commerciaux, pour toutes les dettes de l'exploitation. Peu importe encore que les dettes soient connues ou inconnues du successeur, que le contrat de cession avec le cédant les ait ou non mises à sa charge, qu'il ait fait ou n'ait pas fait de déclaration publique de la transmission (1).

Est-ce à dire que le successeur ne pourra pas convenir avec son cédant que les dettes ne passeront point à sa charge ? Nullement, mais ce qu'il importe de remarquer, c'est que cette convention est par elle-même inopérante au regard des créanciers. Il ne suffit pas que la convention contraire existe, il faut que les créanciers aient été avertis de son existence ; ce n'est que cette contre-publication qui pourra, vis-à-vis des créanciers, anéantir l'obligation du successeur que, par elle-même, la reprise du nom commercial devait emporter. Il faut, pour que l'exclusion de la cession, soit de toutes les dettes, soit de certaines, puisse être opposable aux créanciers, qu'elle ait été inscrite au registre du commerce et publiée ou notifiée aux intéressés par l'acquéreur ou par l'aliénateur. Il peut y avoir difficulté sur le point de savoir jusqu'à quel moment la contre-notification peut utilement intervenir ; tels disent : jusqu'à ce que l'acquéreur ait fait publique-

(1) Gosack, *op. cit.*, p. 71 ; Wolff, *op. cit.*, p. 259.

ment usage de la firme (1); d'autres exigent que la mesure ait été prise au moins en même temps que l'inscription de la firme (2); certains permettent au successeur de faire utilement la déclaration de non-reprise jusqu'au moment où le créancier a déclaré son intention de le poursuivre. Quoiqu'il en soit, le principe est certain et très remarquable (3).

Que deviennent, avec les causes spéciales d'obligation du successeur, les rapports des créanciers avec le cédant du fonds de commerce ?

Lorsque le successeur, se trouve engagé aux créanciers commerciaux, soit par suite de la reprise du nom commercial, soit par suite de la publication de reprise du passif, le cédant n'est pas libéré. Il n'y a pas cession véritable et complète de la dette (4); le successeur est tenu à côté du débiteur ancien. Seulement, pour atténuer les obligations du cédant, le nouveau Code du Commerce établit une *prescription de cinq ans*, comme temps minimum pendant lequel les créanciers conser-

(1) Cosack, *op. cit.*

(2) Wolff, *op. cit.*

(3) Il faut remarquer que l'effet reconnu par le nouveau Code de Commerce à la reprise du nom commercial existe aussi pour la transmission des créances relatives à l'exploitation (§ 23) : lorsque, avec le consentement du propriétaire de la firme ou de ses héritiers, le cessionnaire continue le commerce sous cette firme, il s'opère, vis-à-vis des débiteurs commerciaux, une transmission des créances relatives à l'exploitation du cédant au cessionnaire, sans qu'il soit besoin des règles ordinaires de la transmission des créances : à moins de communication ou de publication spéciales, le débiteur qui aura connu cette transmission du fonds de commerce et de la firme devra en principe s'abstenir de payer au cédant et pourra se libérer en payant au cessionnaire (Cosack, *op. cit.*, pp. 68-70). Il y a là une modalité spéciale de transfert des créances.

(4) Cosack, *op. cit.*, p. 71.

veront leurs droits contre leur premier débiteur (§ 26) (1).

Telles sont les règles, très caractéristiques, on le voit, que le nouveau Code de Commerce allemand consacre sur le transport du passif commercial dans les cessions de fonds de commerce.

Evidemment, elles pourraient paraître, à certains points de vue, bizarres et peut être même excessives, si l'on ne connaissait les tendances d'une pratique très disposée à admettre ces effets particuliers d'une cession de fonds de commerce. Inspirées par les usages, on s'explique qu'elles aient pu être introduites dans la législation.

Nous retiendrons de cette étude cette idée de la faveur faite dans les institutions allemandes aux cessions globales de fonds de commerce avec actif et passif, à ces opérations qui produisent succession intégrale dans une entreprise.

Il faut bien, puisqu'on a favorisé ces combinaisons, qu'on en ait aperçu les avantages pratiques. La reprise des dettes commerciales par l'acquéreur du fonds peut être utile à divers points de vue : elle permet au cédant de se décharger de la responsabilité des dettes ; s'il reste obligé envers les créanciers, du moins le successeur sera tenu avec lui, et les créanciers consentiront le plus souvent à se mettre en rapports directs avec le cessionnaire, ce qui en fait pourra réaliser en quelque sorte le dégrèvement du cédant. Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que les créanciers ne consentent même à décharger complètement leur débiteur originaire.

(1) Cosack, pp. 71 et 72, Wolff, *op. cit.*, p. 265.

L'avantage de la combinaison pour les créanciers est évident, puisqu'en conservant en principe leur débiteur primitif, ils peuvent en acquérir un nouveau et qu'à ce point de vue leur créance suit l'actif du fonds de commerce qui était leur gage.

Quoiqu'il en soit, sur ce point du transport des dettes avec les cessions de fonds de commerce, la pratique commerciale, les usages, les doctrines, la législation, de l'Allemagne nous révèlent des notions et des tendances fort distinctives.

§ III. — *Les applications du transport des dettes commerciales, en matière de cessions de fonds de commerce, dans la pratique française.*

I. — *Aperçu sur l'état de la question.*

Sur la question que nous envisageons, on chercherait en vain chez nous des systèmes bien arrêtés et des institutions nettes. En doctrine, la question est assez généralement peu discutée. Seuls, les quelques auteurs, qui récemment se sont occupés de la théorie générale du transport des dettes, et qui, de ce chef, ont pénétré les institutions spéciales de l'Allemagne, ont eu à les comparer avec les moyens par lesquels pourrait se réaliser dans notre droit une transmission des dettes dans une cession de fonds de commerce (1). On n'a pas eu de peine à constater, que nous n'avions sur la matière ni pratique bien réglée, ni doctrine précise, et

(1) Saleilles, *op. cit.*, pp. 4-9 ; 32-35 ; Gaudemet, *op. cit.*, pp. 419-422 ; Rossy, *op. cit.*, passim, et notamment, pp. 194-230.

non sans quelque raison, on a accusé du peu de développement de cette application du transport de dettes dans notre pratique l'insuffisance de nos conceptions sur la théorie générale de la transmission des dettes.

Naturellement, la première question est de savoir ce que nos usages révèlent sur ces points. Or, évidemment nous ne trouvons point dans notre coutume commerciale ces règles spéciales auxquelles on s'attache en Allemagne pour déterminer le sort du passif commercial dans les cessions de fonds de commerce : système de présomptions, publicité organisée, effets généraux et absolus; jamais, on n'a admis par exemple que, par cela seul qu'un commerçant employait dans les affaires le nom commercial de son prédécesseur, il devrait *ipso jure* répondre vis à vis des créanciers de toutes les dettes de l'exploitation que ce dernier lui avait transmise. Sans doute, notre pratique a établi des usages très particuliers destinés à sauvegarder les droits des créanciers du cédant dans l'hypothèse d'une cession de fonds de commerce. En vertu de cette coutume que nous aurons bientôt à étudier, les cessions de fonds de commerce doivent être publiées pour avertir les créanciers du cédant, et, au profit de ces derniers, un délai est imposé à l'acquéreur pendant lequel il doit suspendre le paiement de son prix ; durant ce délai les créanciers pourront utilement intervenir et faire valoir leurs droits sur ce prix. Mais, c'est là, nous pouvons le dire d'ores et déjà, un usage qui n'a rien de commun avec les usages que nous avons signalés pour l'Allemagne. La différence principale consiste en ce que, dans cet usage de la publication des cessions de fonds de commerce, on ne rencontre pas de séparation faite entre les créanciers

du cédant ; tous ont les mêmes prérogatives, sont traités sur le même pied, que leurs créances soient civiles ou commerciales, qu'elles se rapportent ou non à l'exploitation qui est cédée ; on est loin de la distinction nettement établie dans la pratique allemande entre la dette d'exploitation, la dette du fonds de commerce (*Handlungsschuld*) et les obligations qui ont une autre cause. Il ne s'agit donc pas, dans cet usage de la pratique française, d'une transmission au successeur des dettes de l'exploitation envisagées distinctement comme éléments du patrimoine commercial (1). Le cessionnaire ne devient pas débiteur direct des créanciers de son cédant ; il n'y a tout simplement qu'une modalité introduite dans le paiement du prix de la cession ; le prix ne doit pas être payé immédiatement au cédant mais aux créanciers qui se présentent dans le délai voulu. Au surplus, comme nous le verrons, la valeur juridique de cette institution contumière est très sérieusement discutée. Aussi bien l'étudierons nous à part, car, nous le répétons, elle est en dehors de la question spéciale que nous envisageons maintenant.

On indique parfois un usage très spécial qui se rattache à la transmission d'obligations relatives à une exploitation commerciale et cédées avec l'exploitation elle-même : il est relatif aux *cessions d'entreprises théâtrales*. On reconnaît généralement que, dans la coutume, la cession d'une entreprise théâtrale comprend les engagements passés par le cédant avec les artistes, que le cessionnaire est tenu d'accomplir les obligations prises de ce chef par son prédécesseur (2).

(1) Cf. Saleilles, *op. cit.*, p. 35.

(2) Dal. Rép. v^o Théâtre, n^{os} 237 et s. ; Dal. Sup. Rép. v^o Vente,

Il y aurait là une exception au principe que les obligations personnelles ne passent pas de plein droit aux acquéreurs à titre particulier ; ici, des obligations relatives à une exploitation commerciale la suivraient dans sa transmission. Mais, il faut bien remarquer la spécialité de cet usage ; il ne vise que les obligations dérivées, pour le chef d'un établissement théâtral, d'un contrat de louage de services passé avec des artistes. La solution indiquée ne s'appliquerait pas, ainsi qu'on l'admet généralement, à d'autres obligations même relatives à l'exploitation cédée mais moins spéciales ; le principe que l'on pose à cet égard, est que les dettes de l'administration antérieure du théâtre sont des obligations personnelles qui ne pourront passer à la charge du successeur qu'autant que cela résulterait d'une condition formelle de l'acte de cession (1). Comme exemple, on peut citer une espèce sur laquelle la Cour de Cassation a eu à se prononcer (2) : il s'agissait d'un traité passé par des entrepreneurs avec les directeurs d'un théâtre de Paris pour l'éclairage de ce théâtre, le théâtre fut cédé et les entrepreneurs prétendirent obliger le nouveau gérant à l'exécution du traité ; mais cette prétention fut repoussée ; car, ainsi que le fait remarquer l'arrêt de la Cour de Cassation, rien dans l'acte de cession de l'entreprise théâtrale ne fait supposer que le cessionnaire ait entendu prendre la charge du traité passé avec son prédécesseur (3).

n° 710 ; Pandectes françaises, v° *acteurs*, n° 618 ; Huc, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. I, n° 218.

(1) Dal. Rép., v° *Théâtre*, n° 222 ; Dal. Sup. Rép. eod. v° n° 82.

(2) Cass., 16 juillet 1889. D. P., 90, 1, 440.

(3) V. en ce sens : Dal. Sup. Rép., v° et *loc. cit.* ; trib. comm., Seine,

D'ailleurs, même sur le point spécial de la transmission au cessionnaire des obligations prises antérieurement vis-à-vis des artistes, on ne paraît pas admettre toujours des solutions très fermes. On dit, en général, qu'il faut que le cessionnaire ait eu ou ait pu avoir connaissance de l'engagement « soit par les livres du théâtre, soit par l'acte de cession, soit par tous autres documents mis à disposition » (1). Quelquefois même, on a semblé exiger que l'acte de cession contint une stipulation expresse pour engager le cessionnaire (2). D'ailleurs, les parties peuvent toujours valablement stipuler que le cessionnaire ne sera pas tenu de telle obligation de son prédécesseur ; en tout cas, le cessionnaire n'est responsable, en principe, que pour l'exécution à venir du contrat, et, bien entendu, le cédant reste toujours tenu de son obligation personnelle à moins de décharge expresse (3).

On a agité à un autre point de vue la question de savoir si le cessionnaire d'un fonds de commerce devait être *ipso jure* engagé par les obligations de son prédécesseur : c'est au sujet des rapports entre patron et préposés. Le cessionnaire peut-il congédier les employés de son cédant ou de plein droit est-il obligé envers eux ? On admet généralement la négative. Il faudrait pour que le cessionnaire fût engagé envers le personnel de la maison cédée, qu'une clause formelle

16 déc. 1875. Pand. fr., v^o cit., n^o 619. — Cf. Paris, 22 mars 1850, Dal. Rép., v^o Théâtre, n^o 239.

(1) Pand. fr. v^o cit., n^o 618 ; Dal. Rép., v^o Théâtre, n^o 239 et décisions citées.

(2) Dal. Sup. Rép., v^o Théâtre, n^o 82 ; Pand. fr., v^o cit., n^o 619.

(3) Pand. fr., v^o et loc. citt. ; Paris, 10 juin 1848, cité par Dal. Rép., v^o Théâtre, n^o 240.

de l'acte de cession ait mis pareille obligation à sa charge. C'est ce qu'a décidé notamment un arrêt de la Cour de Lyon pour une Compagnie de chemins de fer qui prend à bail l'exploitation d'un autre réseau : il faudrait un engagement formel de sa part dans l'acte de cession pour qu'elle soit tenue de conserver le personnel existant : « une compagnie ou un particulier, qui achète un établissement industriel, dit l'arrêt, ne contracte pas par cela même l'obligation de conserver le personnel qui se trouve au service du vendeur, à moins d'une stipulation expresse à cet égard » (1).

Ainsi, sauf certaines hypothèses spéciales, on ne présumera pas en général la transmission des obligations au successeur commercial (2). Du moins, c'est à l'interprétation de la volonté des parties que l'on devra se référer, et l'usage général exigera une clause expresse pour mettre les obligations à la charge du cessionnaire.

Nous avons dit que les clauses de reprise générale de dettes avec les fonds de commerce étaient bien moins fréquentes chez nous qu'en Allemagne, que cependant on les rencontre souvent pour certaines hypothèses, en matière de sociétés notamment, que, dans de nombreux cas, la cession d'un fonds de commerce entraînera avec elle des rapports complexes comme des contrats relatifs à l'exploitation cédée. Comment

(1) Lyon, 18 mars 1885, (C^{ie} du P.-L.-M. C Baumann et C^{ie} des Dombes), *Gaz. Pal.*, 85, 2, 559 ; dans le même sens : Lyon, 3 janvier 1848. S. 48, 2, 404 : D. P., 48, 2, 175 : cf. Fuzier-Herman, *Répertoire du droit français*, v^o *Commis.*, n^{os} 241 et s. ; Pand. fr., v^o *Commis-voyageur*, n^o 269.

(2) Lyon, 31 oct. 1889, *Annales de Dr. com.* 1890. Jur., p. 47 et notes ; cf. Lèbre, *op. cit.*, p. 4.

pour ces applications, résoudra-t-on le problème du transport des dettes ?

Nous dirons d'abord, d'une manière générale, comment on réalise pratiquement la reprise de dettes ; nous envisagerons ensuite, plus spécialement, la question du transport des dettes dans la cession de rapports envisagés sous une expression plus complexe, des contrats relatifs à l'exploitation cédée.

II. — *Généralités sur le transport des dettes dans les cessions de fonds de commerce.*

Supposons que l'acte de cession du fonds de commerce contienne cette clause simple que le cessionnaire paiera les dettes de son cédant. Quel sera l'effet d'une telle clause ?

La question de la *contribution* aux dettes entre les parties contractantes se réglera évidemment d'après leurs accords. Toute la difficulté réside dans la question de savoir quel sera l'effet de la clause vis-à-vis des tiers créanciers. Sur ce point, on trouve beaucoup d'incertitude dans la jurisprudence.

On a quelquefois décidé que la clause ne valait que comme une *indication de paiement*, c'est-à-dire qu'elle n'entraînait aucune obligation directe du cessionnaire envers les tiers créanciers ; le nouveau titulaire du fonds est censé s'être simplement chargé vis-à-vis du cédant de la liquidation de ses affaires, il n'est pas obligé personnellement, et le prédécesseur n'est nullement déchargé (1).

(1) Rouen, 18 juin 1835. S. 35, 2, 301, et Cass., 31 mai 1854 ; S. 55, 1, 44 ; Laurent, *Principes de droit civil*, t. XVIII, n° 306 ; cf. Saleilles, *op. cit.*, p. 34 ; Gaudemet, *op. cit.*, p. 42 ; Rosy, p. 256, n° 96, note (1).

Voici un exemple qui s'est présenté dans la pratique, et qui est relatif à une combinaison assez usuelle (1) : après une vente de fonds de commerce, le vendeur, non payé, voyant son acquéreur insolvable, le détermine à revendre, et, dans l'acte de revente, il est stipulé que le sous-cessionnaire paiera directement entre les mains du vendeur primitif les sommes dues à ce dernier par le premier cessionnaire. Dans ces conditions, le premier acquéreur étant supposé en faillite, quel est le sort de la créance du vendeur primitif ? On ne peut parler de cession de créance faite au profit de ce vendeur, parce que, en l'absence des formalités de l'art. 1690 Civ., une telle cession ne saurait être opposée à la faillite. Le tribunal de commerce de la Seine, dans son jugement du 7 février 1883 (2), a vu, dans la convention entre les deux cessionnaires successifs, un simple mandat de paiement : le premier cessionnaire avait simplement indiqué à son ayant cause une autre personne, le créancier vendeur dans l'espèce, auquel il devait payer son prix. Le sous-acquéreur n'avait reçu du premier cessionnaire qu'un mandat révocable au gré de ce dernier et qui ne pouvait constituer un engagement direct envers le vendeur primitif. Dès lors, ce vendeur était réduit à concourir avec les créanciers de la faillite de son acquéreur qui seul était son débiteur personnel. Cette décision a été infirmée par la Cour de Paris (3), mais elle montre l'intérêt pratique de la solution qu'elle consacre.

Cependant, on tend plutôt à reconnaître un engage-

(1) Lèbre, *op. cit.*, pp. 151-152.

(2) *Le Droit*, 21 juillet 1884.

(3) Paris, 28 mai 1884, *Le Droit*, 21 juillet 1884.

ment direct du cessionnaire vis-à-vis des créanciers, si ceux-ci ont suffisamment manifesté l'intention de l'accepter comme débiteur. Mais alors, dans quelles conditions peut fonctionner ce droit des créanciers ?

On parle quelquefois de *délégation*. C'est ce qu'a remarqué la Cour de Paris dans l'espèce à laquelle nous venons de faire allusion : l'acte de revente entre le premier cessionnaire et le nouveau contenait, dit-elle, une délégation du sous-acquéreur au vendeur créancier du premier cessionnaire. L'acceptation de la délégation résultait suffisamment de ce fait, que le vendeur avait connu la stipulation insérée à son profit dans l'acte de revente et avait, de plus, accepté en garantie un cautionnement et la réception de valeurs en nantissement (1). On pourrait donc concevoir que, par exemple, le cédant du fonds de commerce délègue son cessionnaire à l'ensemble de ses créanciers commerciaux.

Mais, la notion de délégation peut soulever des difficultés. D'abord, on a dit qu'elle n'était pas applicable dans l'espèce. C'est ce que remarque par exemple M. Saleilles : « La délégation suppose un acte conclu avec le concours des trois intéressés, le délégant qui donne au délégataire un nouveau débiteur, et celui-ci, comme dit l'art. 1275, qui s'oblige envers le délégataire. » Or, l'hypothèse où le cédant d'un fonds de commerce s'engage à prendre les dettes du cédant « ne met pas trois personnes en présence et en rapport de contact, il n'en met que deux, le vendeur et l'acheteur du fonds : le vendeur n'est pas supposé proposer un

(1) Lèbre, *op. cit.*, p. 152.

nouveau débiteur à chacun de ses créanciers ; il remet ses dettes à l'acheteur, et c'est à celui-ci de s'entendre avec les créanciers (1) ». Mais, en admettant l'idée de délégation, et il semble, en effet, qu'elle puisse être admise, il faut déterminer comment se réalisera l'acceptation du créancier et la portée qu'elle aura. Sans doute, l'acceptation par le créancier délégataire n'est soumise à aucune forme spéciale, mais il faut toujours qu'elle existe pour créer ce droit du créancier. Chaque créancier délégataire tiendra son droit d'un contrat spécial passé avec le délégué ; jusqu'à l'acceptation, l'offre de contrat du délégant et du délégué reste révocable (2). Il n'y a donc pas de droit directement acquis aux créanciers par l'acte même de cession du fonds. Cette nécessité d'un contrat spécial pour créer le droit de chacun des créanciers peut être gênante lorsqu'il s'agit, comme nous le supposons, d'une délégation faite à l'ensemble des créanciers commerciaux du cédant. Ce n'est pas tout ; il faut voir encore si la délégation opérera comme *délégation parfaite*, c'est-à-dire avec décharge de l'ancien débiteur, du cédant, ou au contraire, comme *délégation imparfaite*. Dans les deux cas d'ailleurs, nous le savons, il y aura création de dettes nouvelles et non pas déplacement véritable de la dette primitive.

Il semblerait que la distinction entre la délégation parfaite et la délégation imparfaite devrait être facile, étant donné le principe de l'art. 1275 Civ. : « La délégation n'emporte pas novation si le créancier n'a *ex-*

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 7, note 1 ; v. dans un sens analogue : Cass.-Req., 12 déc. 1866. S. 68, 1, 70. — *Contrà* : Gaudemet, *op. cit.*, p. 271.

(2) Gaudemet, *op. cit.*, pp. 264 et s.

pressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation ». Cependant, la jurisprudence a tendance à admettre très facilement dans certains cas la novation ; il est vrai qu'on se rattache alors moins à l'idée d'une délégation proprement dite qu'à l'idée d'une novation isolée par contrat direct entre le cessionnaire et les créanciers (art. 1273 Civ.), et, comme il s'agit de matière commerciale, la preuve de la novation peut se faire très aisément (art. 109, Com.) (1).

Cette tendance à admettre facilement la novation se rencontre, notamment, pour une application intéressante : l'hypothèse de *continuation d'un compte-courant* entre le successeur et le correspondant de l'ancien chef d'un établissement. En particulier, la jurisprudence a été souvent appelée à examiner la question de savoir, si la continuation des opérations de compte-courant d'une société dissoute avec la société qui lui succède emporte substitution de débiteur et novation de la dette de la première société. En général, on reconnaîtra facilement chez le créancier l'intention de libérer le débiteur originaire (2).

Voici un exemple : une société commerciale est dissoute ; à ce moment, une personne, en compte-courant avec cette société, avait un solde créditeur important. Les anciens associés adressent aux créanciers de leur

(1) V. sur la facilité de la preuve de la novation en matière commerciale : Cass., 31 mai 1854. D. P., 54, 1, 347. S. 53, 1, 44 ; Cass. Req. 13 juin 1866. S. 67, 1, 354 ; Angers, 29 juillet 1868. D. P., 69, 2, 8 ; Cass. req., 12 déc. 1866. S. 68, 1, 70 ; cf. Gaudemet, pp. 268 et s. ; Saleilles, *op. cit.*, p. 34.

(2) Dal. Sup. Rép. v^o *Obligations*, n^o 1015 ; Gaudemet, *op. cit.*, p. 272, note 2.

société et, en particulier, au correspondant du compte-courant dont il s'agit, une circulaire, par laquelle on annonçait que l'un des associés reprenait la suite des affaires sur les mêmes bases et qu'il était chargé de la liquidation des affaires antérieures. Au lieu de faire liquider ses droits et de réclamer le montant du solde créiteur, le créancier considéré continue les opérations de compte-courant, comme s'il n'y avait pas eu de changement dans la gérance de la maison de commerce. Plus tard, le cessionnaire du fonds tombe en faillite, et le correspondant, qui se trouvait encore créancier à ce moment, prétend réclamer contre l'ancien associé du cessionnaire le paiement de la dette qui existait lors de la cession du fonds. Mais, on a considéré cette continuation des opérations du compte-courant, malgré l'avis de changement dans la direction de l'établissement et l'invitation à la liquidation, comme emportant novation et libération du débiteur originaire (1).

La notion de délégation, appliquée au transport des dettes commerciales, peut soulever, avons nous dit, assez de difficultés. Aussi a-t-on voulu appliquer un autre mode très souple et très large, celui de la *stipulation pour autrui*. C'est, en effet, le fondement que l'on a plusieurs fois reconnu à la transmission des dettes dans une cession de commerce. Dans certaines hypothèses où l'on pouvait douter sur le point de savoir s'il y avait délégation imparfaite ou stipulation pour autrui, ces

(1) Cass. Req., 12 déc. 1866. S. 68, 1, 70 ; Trib. civ. Perpignan, 20 janvier 1865 ; Montpellier, 5 avril 1865, (même affaire) ; *adde* : Angers, 29 juillet 1868. D. P., 69, 2, 8 ; cf. Cass., 31 mai 1854. S. 53, 1, 44 ; Cass. Req., 13 juin 1866. S. 67, 1, 354. — *Contra* : Cass. civ., 5 janv. 1835. S. 35, 1, 87 ; Rouen, 10 juin 1835. S. 35, 2, 261.

deux opérations juridiques ayant une grande analogie, on a préféré appliquer les règles bien plus commodes de la stipulation (1). C'est l'idée qu'a appliquée très nettement la Cour de Cassation dans une espèce particulièrement intéressante. Une société commerciale se substitue à une autre société en liquidation dont elle déclare prendre la *situation active et passive*, et s'oblige à faire face à tous les engagements de celle-ci. Or, la société primitive était tenue, à la connaissance de la société cessionnaire, d'une dette de restitution relative à des titres d'obligations indûment employés. Les commanditaires de l'ancienne société, créanciers pour cette restitution, actionnèrent directement la société substituée en vertu de la stipulation contenue, à leur profit, dans l'acte de cession d'entreprise. La Cour de Paris et la Chambre des Requêtes admirent la validité de cette action, la clause par laquelle la société substituée s'obligeait à faire face aux dettes de la société antérieure contenant une stipulation en faveur des créanciers dont elle autorise l'action « directe et personnelle » (2). Avec la notion de stipulation pour autrui, le cédant reste en principe tenu tant qu'il n'y a pas eu de décharge expresse (3), mais, par le contrat de cession lui-même, le cessionnaire du fonds de commerce est directement obligé vis-à-vis des créanciers commerciaux.

Ce mode excessivement souple de création de droits, appliqué à la transmission des dettes, notamment dans

(1) Gaudemet, *op. cit.*, pp. 281 et s.

(2) Paris, 8 février 1878, Cass. Req., 17 fév. 1879. S. 80, 1, 449. D. Sup. Rép., v° *Sociétés*, n° 384 ; Paris, 28 mai 1884, *Le Droit*, 21 juillet, 1884 ; Lèbre, *op. cit.*, p. 151.

(3) Cf. Pand. fr., v° *Acteurs*, n°s 615, 616 ; Dal. Rép., v° *Théâtre*, n°s 240 et s.

les cessions de fonds de commerce envisagés comme universalités d'éléments actifs et passifs, sera dans beaucoup de cas satisfaisant, et, bien qu'il ne réalise pas tous les avantages d'une véritable cession de dettes telle que la reconnaît le Code Civil allemand, il constituera, dans l'état de nos conceptions, un des instruments les plus commodes pour le transport des dettes commerciales.

III. — *Le transport des dettes envisagé spécialement dans la cession des contrats synallagmatiques relatifs à l'exploitation cédée.*

Lorsque la cession d'un fonds de commerce entraîne avec elle un ou plusieurs rapports juridiques complexes qui, à la fois, donnaient des droits et imposaient des obligations au cédant, des contrats synallagmatiques relatifs à l'exploitation transmise, il est conforme à la nature de ces relations qu'elles puissent se déplacer dans leur intégralité, sans séparation forcée et violente entre les droits qu'elles procuraient au cédant et les dettes qu'elles mettaient à sa charge. Si le contrat passe du côté actif au successeur commercial, il sera naturel qu'il en prenne en même temps le côté passif(1). Voici, par exemple, un industriel qui cède avec son fonds les traités en cours d'exécution, notamment des marchés de fournitures à livrer valables encore pour plusieurs années. L'intention des parties est, vraisemblablement, que le nouvel entrepreneur soit « subrogé » activement et passivement à l'ancien pour l'exécution de ces

(1) Cf. Rossy, *op. cit.*, pp. 195 et s.

contrats. Cependant, quand on s'occupe de la transmission de tels rapports, on voit sans peine qu'elle tire précisément sa complexité du problème du transport des dettes. Comment, en effet, pourra se réaliser cette cession d'un contrat synallagmatique ?

En matière de cession de fonds de commerce, on rencontre une cession usuelle de contrat de ce genre : c'est la cession du droit au bail des locaux d'exploitation. Nous n'avons point ici à entrer dans le détail des controverses qui se sont agitées, dans la question, soit sur les différences entre la cession du bail et la sous-location, soit, en s'en tenant à la cession proprement dite, sur ses effets juridiques, en particulier sur la nature du droit accordé au propriétaire contre le cessionnaire du droit ou bail ; disons seulement qu'il est généralement reconnu, et c'est le système de la jurisprudence, que la cession donne au propriétaire bailleur une action directe contre le sous-preneur. Il est clair que, dans l'intention des parties contractantes, en cédant avec le fonds de commerce le bail des immeubles, on aura entendu passer au successeur les droits et charges que ce bail entraîne. Comme nous l'avons dit, on reconnaît généralement l'efficacité de cette transmission intégrale avec obligation directe du successeur vis-à-vis du créancier bailleur, et, en somme, l'on est à peu près d'accord sur les solutions pratiques, bien qu'il y ait beaucoup d'incertitude dans les notions théoriques touchant, notamment, cette acquisition d'un droit direct au profit du bailleur contre le cessionnaire du bail. On fait généralement intervenir l'idée de stipulation pour autrui, et c'est une idée qui paraît en effet s'adapter facilement à l'hypothèse ; cependant, on

a, d'autre part, relevé telle ou telle situation où elle peut paraître insuffisante (1).

Quoiqu'il en soit, voilà un type de cession de contrat dont les applications sont très communes et sont réglées, on peut le dire, par une pratique en quelque sorte instinctive. Quels principes va-t-on suivre pour d'autres hypothèses moins générales, mais cependant analogues, pour ces autres transmissions de contrats synallagmatiques qui peuvent accompagner les cessions de fonds de commerce? Pour fixer les traits généraux de la question nous prendrons surtout comme exemple une hypothèse très caractéristique que nous avons plusieurs fois déjà signalée : la *cession de portefeuilles d'assurances* (2).

Voici l'hypothèse : une compagnie d'assurances qui ne peut ou ne veut continuer la lutte, cherche le meilleur moyen de tirer parti de son actif commercial et de le liquider au meilleur compte. Pour cela, elle s'adressera en général à une compagnie plus prospère et lui demandera de prendre à forfait le « stock » de ses polices. C'est, en effet, cette masse de contrats d'assurance qui constitue normalement le principal du fonds de commerce de l'assureur. Sans doute, dans le genre d'opérations que nous signalons, l'objet de la cession peut comprendre plus que ces polices, et il en est ainsi couramment; on dira alors, qu'outre l'ensemble de polices proprement dit, la cession a pour objet des

(1) V. notamment, sur la question du transport de dettes appliquée à la cession d'un droit au bail : Gaudemet, *op. cit.*, pp. 397-408 ; Rossy, *op. cit.*, pp. 205-208, 222.

(2) V. notamment : note Labbé dans S. 82, 2, 1 ; Gaudemet, *op. cit.*, pp. 416-419, et surtout Rossy, *De la cession de portefeuilles et des réassurances générales*, où l'on trouve les indications les plus complètes.

éléments divers : clientèle, matériel, organisation des agences, baux, etc. Mais ce qui constitue la caractéristique des cessions de portefeuilles, c'est la transmission en bloc des polices en cours (1) ; c'est elle qui doit ici attirer notre attention. D'ailleurs, il est presque inutile de faire remarquer, que la transmission de la clientèle d'une Compagnie d'assurances s'opère surtout et naturellement par la transmission de ses polices qui sont, en somme, les titres de possession de cette clientèle ; la Compagnie qui consent à prendre pour elle le portefeuille d'une autre cherchera à s'approprier par tous les moyens la clientèle de la Compagnie cédante, elle veut obtenir un nouveau groupement d'assurés dont elle espère, à son profit, le renouvellement des relations existantes. Quant à la Compagnie cédante, nous l'avons déjà supposé, la cession de portefeuille prépare et réalise même ordinairement sa liquidation. « Par la cession, dit M. Rossy (2), la Compagnie cédante entend transmettre à la Compagnie cessionnaire son patrimoine commercial, ses polices avec les droits qu'elles confèrent et les obligations qu'elles imposent, sa qualité d'assureur, tout un ensemble d'actif et de passif, de créances et de dettes. Son but est d'établir entre son contractant actuel et ses assurés antérieurs des rapports immédiats, directs, de préparer ainsi sa disparition dans un avenir plus ou moins éloigné. »

Ainsi donc, l'idée fondamentale est en général celle-ci : les Compagnies contractantes veulent réaliser une substitution intégrale de l'une à l'autre ; c'est la Compagnie cessionnaire que l'on veut désormais mettre à la

(1) Rossy, *op. cit.*, pp. 253 et s.

(2) *Op. cit.*, p. 3.

place de l'ancienne dans les rapports qui existaient entre elle et les assurés. Or, ces rapports, nous le savons, sont complexes ; vis-à-vis des assurés, la situation faite à la Compagnie cédante se définissait ainsi : le contrat d'assurance la constituait créancière des primes et, en même temps, l'obligeait à payer éventuellement les indemnités de sinistres ; le contrat est synallagmatique et présente, pour la Compagnie cédante, une face active et une face passive. L'intention des parties contractantes, Compagnie cédante et Compagnie cessionnaire, est de transporter ces contrats dans leur intégralité, dettes comme créances. Mais si, *inter partes*, la convention peut produire cet effet, quel sera l'effet produit vis-à-vis des tiers, des assurés à la fois débiteurs et créanciers de leur côté ?

Si l'on examine dans leur ensemble les débats auxquels ont donné lieu les cessions de portefeuilles, on peut dire que le problème agité s'est surtout présenté sous cette forme : les assurés de la Compagnie cédante ont-ils ou non le droit de demander la résiliation de leurs polices par suite de la cession du portefeuille ? En fait, les assurés, poursuivis après la cession en paiement de leurs primes, soit par la Compagnie cédante, soit par la Compagnie cessionnaire, excipèrent très souvent de ce que la cession avait rompu leurs contrats. Sans doute, la cession n'emportait pas libération de la Compagnie cédante, mais les assurés réfractaires prétendaient que, par la cession, leur assureur primitif avait perdu son autonomie, son individualité, le gage qu'il offrait à ses assurés, et qu'en réalité on leur avait imposé un changement de débiteur. Les Compagnies répliquèrent par les considérations inverses. Suivant

les cas, les tribunaux se décidèrent pour les uns ou pour les autres. En somme, voici la solution moyenne que l'on peut dégager de la diversité et de la confusion de cette jurisprudence : la cession de portefeuille pourra motiver la résiliation des polices, lorsqu'elle « fera disparaître l'autonomie, la personnalité de la société venderesse, ou lorsqu'elle diminuera les garanties sur lesquelles les assurés étaient en droit de compter » (1). Au contraire, on pourra imposer aux assurés le maintien de leurs contrats, si la Compagnie cédante a soin de maintenir une organisation suffisante pour garantir ses engagements (2).

Cependant, en laissant de côté cette question qui touche aux rapports des assurés avec la Compagnie cédante, si l'on recherche les effets directs de la cession de portefeuille, comment peut-on les déterminer ?

Nous sommes en présence d'une transmission de contrats, des polices, qui constituent la Compagnie cédante à la fois créancière et débitrice. En ce qui touche ses créances de primes, ne peut-elle pas les transporter au cessionnaire sans aucune intervention des assurés ? On a plusieurs fois, et pendant longtemps, nié que la cession de portefeuille puisse transporter à la Compagnie cessionnaire même les créances de primes.

(1) Trib. civ. Toulouse, 20 janvier 1878, cité par Rossey, *op. cit.*, p. 62 ; trib. com. Arras, 9 juillet 1879. S. 82, 2, 1 ; trib. Seine, 23 décembre 1880. S. *loc. cit.* ; Paris, 4 août 1882. S. 83, 2, 175 ; Cour de justice de Genève, 25 août 1884. S. 85, 4, 15 ; Cass. Req. rej., 20 oct. 1885. S. 85, 1, 488 ; — Cf. Gaudemet, *op. cit.*, p. 417 ; Rossey, *op. cit.*, pp. 118-139.

(2) Douai, 19 nov. 1879. S. 82, 2, 1 ; trib. com. Seine, 3 avril 1883. S. 84, 2, 248 ; Agen, 24 nov. 1885. D. P., 86, 2, 149 ; Lyon, 10 mars 1886, cité par Rossey, pp. 103 et s. ; cf. Gaudemet, *op. et loc. cit.* ; Rossey, *op. cit.*, no^t pp. 7-20, 76-118.

Dans la jurisprudence la plus ancienne et dans plusieurs dissertations d'écrivains spéciaux, lorsqu'on songeait à poser un principe, on posait surtout celui de l'« *illégitimité théorique* » de la cession de portefeuille, et cette solution, on la tirait plus ou moins explicitement d'une notion d'incessibilité des dettes. Il s'agit, disait-on, d'un contrat synallagmatique ; or, un tel contrat, engendrant des droits et des obligations réciproques, ne peut être renouvelé dans ses sujets qu'avec le consentement de toutes les parties contractantes ; la créance des primes, corrélative de l'obligation de l'assuré, ne peut pas plus être cédée que cette dernière sans le consentement de l'assuré. On invoquait, que les art. 1689 et s. C. Civ. ne prévoient que la cession de créances, droits et actions sur un tiers, c'est-à-dire évidemment d'actes unilatéraux. « La cession de portefeuille sans double novation, a-t-on déclaré, n'établit aucune relation juridique entre la société cessionnaire et les assurés du cédant (1) ». Cependant, on fit remarquer, avec juste raison, qu'il y avait là une erreur juridique. Tout droit peut être cédé et il en est ainsi de la créance née d'un contrat synallagmatique ; on conçoit que la partie créancière puisse céder cette créance, alors même qu'elle ne puisse se décharger de sa dette corrélative ; à ce point de vue, la créance et la dette sont indépendantes. Donc, la Compagnie cédante peut valablement céder à la Compagnie cessionnaire les créances de primes à échoir que celle-

(1) Trib. com. Arras, 9 juillet 1879, S. 82, 2, 1 ; *addé* : Douai, 19 nov. 1879, et Trib. Seine, 23 déc. 1880, précités ; Cf. Merger, *Réflexions sur la liquidation des C^{ies} anonymes d'assurances*, pp. 87-91, cité par Rossy, *op. cit.*, p. 28.

ci pourra dès lors réclamer. Ce transport est réalisé par la convention de cession de portefeuille elle-même, sauf, s'il y a lieu, l'observation des formalités des art. 1690 et s. Civ. pour rendre le transport opposable aux tiers. C'est là un point qu'on doit admettre sans conteste (1).

Mais comment va s'opérer le déplacement des dettes d'indemnités de sinistres ? La cession ne peut faire acquérir aux assurés un nouveau débiteur malgré eux. Il faudrait, a-t-on dit, une novation pour qu'il en fût autrement (2).

La façon dont fut discuté en pratique le problème de la cession de portefeuille laissa assez dans l'ombre ce côté spécial de la question ; il est cependant essentiel de savoir si la cession fait acquérir aux assurés un droit contre la Compagnie cessionnaire et comment ce droit peut fonctionner. De fait, il arriva dans plusieurs espèces que ce ne fut plus les assurés qui furent poursuivis, mais eux, au contraire, qui poursuivirent directement la Compagnie cessionnaire en règlement de sinistres et eurent à lutter contre sa résistance. La Compagnie attaquée invoquait, que le seul effet direct de la cession de portefeuille, vis-à-vis des assurés, était de les constituer débiteurs des primes envers les cessionnaires, que, pour ce qui concerne leurs droits, ces assurés ont conservé leur même et unique débiteur, la Compagnie cédante, tant que, par un acte spécial intervenu entre les assurés et la Compagnie cessionnaire,

(1) Note Labbé précitée; Gaudemet, *op. cit.*, p. 403 et note (2), et p. 417; Rossy, *op. cit.*, pp. 303 et s, et passim; Jug. du trib. civ. Lyon, 10 mars 1886, précité.

(2) Labbé, note précitée.

celle-ci n'a pas été substituée au débiteur primitif. On pouvait répondre, et l'on répondit en effet, que l'acte de cession de portefeuille mettait à la charge de la Compagnie cessionnaire les dettes dérivées des polices en cours et de telle manière, dans l'intention des parties contractantes, que la Compagnie cessionnaire fut obligée directement vis-à-vis des assurés ; par conséquent, les assurés, en poursuivant la Compagnie cessionnaire, manifestaient suffisamment leur intention de l'accepter comme débitrice. Cette poursuite exercée par les assurés contre la Compagnie cessionnaire pouvait être considérée comme l'acceptation d'une délégation faite à leur profit, d'une délégation imparfaite si l'on ne voulait pas de novation. Mais, on fit intervenir encore l'idée de stipulation pour autrui. La cession contenait une stipulation en faveur des assurés, un autre débiteur s'engageait vis-à-vis d'eux et s'adjoignait à l'ancien assureur ; les assurés peuvent alors parfaitement poursuivre la Compagnie cessionnaire (1). Une fois déterminé l'effet immédiat de la cession du portefeuille, il restera encore à voir si, l'adhésion des assurés étant intervenue, ceux-ci auront désormais deux débiteurs au lieu d'un, si, en agissant contre la Compagnie cessionnaire, ils entendent libérer la Compagnie cédante ou la conserver comme débitrice ; l'idée de novation pourra alors intervenir ; suivant les circonstances, on pourra décider qu'il y a ou qu'il n'y a pas de novation (2).

(1) Cass. req. rej., 26 juin 1883, D. P., 84, 1, 155. S. 86, 1, 359 ; Cass. req. rej., 17 nov. 1886, S. 88, 1, 378 ; Cf. Gaudemet, *op. cit.*, p. 418 ; Rossy, *op. cit.*, pp. 17 et 168.

(2) Labbé, note précitée ; Rossy, *op. cit.*, pp. 324 et s.

Quoiqu'il en soit, il faut remarquer l'effet direct que peut produire, au point de vue de la transmission des dettes, la cession de portefeuille, surtout avec la notion large et facile de stipulation pour autrui. A cet égard, comme on l'a fort bien dit, la cession « donne en principe et sur-le-champ un droit à chaque assuré qu'un accord subséquent entre bénéficiaires et acquéreur pourra modifier, affermir ou substituer. Elle réalise sans délai *la transmission des « assurances entières »*, créances et dettes du cédant, sous réserve d'une libération du vendeur ou d'une novation à venir (1) ». Avec la notion moderne de stipulation pour autrui, on peut dire que, appliquée à la cession de portefeuille, elle créera à la charge de la Compagnie cessionnaire, vis-à-vis des assurés, un ensemble d'obligations « calquées », « modelées », sur celles qui grevaient la Compagnie cédante d'après les polices ; ainsi, la Compagnie cessionnaire pourra, d'une manière très générale, opposer aux poursuites des assurés les exceptions et moyens de défense qu'avait l'assureur primitif et qui, par une sorte d'effet réflexe, limitent sa propre obligation (2). Sans doute, à certains points de vue, il y aurait avantage à faire appel à une notion plus parfaite de transmission des dettes, d'un transport qui déplace la dette sans en modifier l'« identité objective », le « contenu », cela pourrait permettre, par exemple, de mieux fixer la question des exceptions que la Compagnie cessionnaire peut opposer aux assurés (3) ; mais, en somme, la sou-

(1) Rossey, *op. cit.*, pp. 331 et s.

(2) Rossey, *op. cit.*

(3) Gaudemet, *op. cit.*, pp. 448 et s. ; Rossey, pp. 278 et s., 316 et s., 329 et s.

plesse du mécanisme de la stipulation pour autrui permettra d'atteindre, sinon parfaitement, du moins d'une façon très approximative, aux résultats pratiques recherchés (1).

On voit donc, sur cette application spéciale de la cession de portefeuille, quelles sont les difficultés que soulève la question du transport des dettes et par quels procédés on peut arriver à réaliser ce transport. Evidemment, il y aura toujours place pour la question de savoir si les associés sont tenus d'accepter la combinaison qui leur est offerte et s'ils n'ont pas le droit de réclamer la résiliation de leurs contrats en présence de la situation nouvelle qui leur est faite. Ceci se réglera d'après la nature des obligations de l'assureur et les conditions du contrat d'assurance, ainsi que d'après les conditions de l'opération de cession de portefeuille ; incontestablement, si, par suite de la cession du portefeuille, l'assureur manque à ses obligations vis-à-vis des assurés, ceux-ci pourront demander la résolution suivant la loi générale des contrats (art. 1184 Civ.) (2). Mais, ce qu'il nous importait de relever, c'est la manière dont la cession de portefeuille pourra opérer le transport des dettes et les effets qu'elle peut produire à ce point de vue, si l'on suppose qu'il n'y ait pas lieu à cette résolution dans les rapports des assurés et de la Compagnie cédante.

Les difficultés que nous avons signalées dans la théorie de la cession de portefeuille se rencontrent, d'une manière générale, dans toutes les cessions de contrats synallagmatiques et, notamment, celles qui

(1) Rossy, *op. cit.*, pp. 334 et 335.

(2) Cf. Rossy, pp. 336 et s.

sont comprises dans la transmission d'un fonds de commerce. Plusieurs fois, on a émis cette prétention que les contrats synallagmatiques ne peuvent faire l'objet d'une cession, qu'on ne peut même pas céder les droits que l'on tire d'un tel contrat lorsqu'ils sont « mélangés » d'obligations corrélatives; l'incessibilité des dettes entraînerait même l'incessibilité des droits. C'est le système que l'on a soutenu, par exemple, dans l'espèce suivante : une société de fonderie s'était engagée à fournir pendant une durée de 25 ans les charbons nécessaires à l'exploitation d'une usine; cette usine a fusionné avec une autre, toutes deux apportant dans le fonds commun « leurs marchés respectifs de ventes et d'achats. » La société de fonderie refusa d'exécuter la vente à livrer avec la nouvelle société issue de la fusion; elle prétendait, entre autres moyens, que le marché synallagmatique qui l'obligeait n'était pas cessible, parce que seuls les droits unilatéraux peuvent être cédés. Mais, comme le fit remarquer avec raison le rapporteur de l'affaire, « on peut en principe céder le droit, la créance ou l'action résultant d'un contrat, sans être obligé d'y être autorisé par une convention spéciale et sans qu'il y ait à distinguer non plus entre le contrat unilatéral, tel qu'un prêt, et le contrat synallagmatique, tel qu'un marché de fournitures. » La Cour de cassation a, en effet, parfaitement reconnu la cessibilité du droit résultant d'un tel marché (1).

Ainsi, l'on admettra, en général, en matière de cession de contrat, que le co-contractant du cédant est

(1) Cass. Req., 16 avr. 1872, D. P., 73, 1, 73; Cass. civ., 10 mai 1897, D. P., 98, 1, 173; Cf. Huc, *Traité de la cession et de la transmission des créances*, t. I, nos 196, 198.

obligé envers le cessionnaire, si, d'ailleurs, le contrat n'a pas été conclu *intuitu personæ* et s'il n'existe pas d'autre cause de résolution ; tant que le cédant exécute ses obligations malgré la cession, le tiers ne pourra refuser d'exécuter les siennes envers le cessionnaire. Quant à la question de savoir comment le cessionnaire, le successeur commercial dans notre hypothèse, sera obligé envers le tiers, on appliquera, en général, la notion de stipulation pour autrui (1). Par l'application des règles de la stipulation pour autrui, on pourra concevoir la cession d'un contrat comme une « combinaison valable, à construction déterminée et à effet tripartite immédiat et global (2) »

..... Nous avons ainsi fait apercevoir, dans ses applications les plus générales, l'intérêt pratique de la question de la transmission, avec un fonds de commerce, des rapports juridiques qui se rattachent à l'exploitation cédée. La question, on l'a vu, ne va pas sans complexité, il en est surtout ainsi pour ce qui concerne le transport du passif commercial. Sur ce dernier point, nous avons tâché d'esquisser les principales difficultés qui se sont rencontrées et les principales solutions à l'aide desquelles on a essayé de les résoudre ; une comparaison entre la pratique allemande et la pratique

(1) Ainsi, pour expliquer la règle particulière indiquée par nous touchant les cessions d'entreprises théâtrales, on dit que la transmission au cessionnaire des engagements de son prédécesseur vis-à-vis des artistes tient au mandat implicite donné par les artistes à leur directeur de stipuler pour leur compte avec son successeur : Huc, *op. cit.*, t. I, n° 248 ; — Cf. Dal. Rép., v° *Théâtre*, n° 240 ; Dal. Sup. Rép., v° *Sociétés*, n° 584 ; et v° *Vente*, n° 710 ; Pouillet, *Traité de la prop. littéraire*, n° 349 ; Pand. fr., v° *Acteurs*, nos 615, 616 ; Cass. req., 18 avr. 1872 précité ; Req., 28 mars 1877, D. P., 77, 1, 501.

(2) Rossy, *op. cit.*, p. 222.

française nous a montré que les principes chez nous étaient bien moins nets et les applications plus rares et plus incertaines ; sans doute, il faut faire la part de la différence des usages ; il nous semble, cependant, que notre doctrine, aussi bien que notre pratique, pourraient, avec des conceptions moins rigides, faciliter le développement d'institutions qui, comme les transmissions globales de fonds de commerce avec actif et passif, peuvent être utiles (1).

(1) Cf. Saleilles, *op. cit.*, pp. 46 et 47.

CHAPITRE IV

USAGES RELATIFS A LA PUBLICATION DES CESSIONS DE FONDS DE COMMERCE ET AUX OPPOSITIONS SUR LE PRIX

Section première. — Utilité et formes de ces usages.

Un fonds de commerce est souvent, en tant qu'actif commercial, un facteur primordial de la fortune du négociant qui l'exploite, par conséquent un des éléments principaux de son crédit, un gage important pour ses créanciers. Or, nous supposons une cession de fonds de commerce, c'est-à-dire une opération qui va faire sortir du patrimoine du commerçant cet actif qui était leur principale, peut-être même leur unique garantie. Ceux qui avaient fait confiance au possesseur du fonds, ceux, en particulier, qui avaient contribué à former cette valeur en livrant au chef de l'établissement des capitaux, du matériel, des marchandises, etc., pourront-ils se voir ainsi dépouillés de ce gage par l'aliénation que leur débiteur en consent? n'auront-ils pas, du moins, des droits particuliers à faire valoir sur le prix qui, dans le patrimoine du cédant, doit remplacer le fonds cédé?

Il semblerait qu'à cette question les principes généraux doivent donner la seule réponse naturelle et juridique. Nous sommes, nous le supposons, en présence

de créanciers qui ont suivi la foi de leur débiteur, qui n'ont pu ou n'ont voulu se faire constituer sur le fonds des garanties réelles. Ne faut-il pas dire que les actes de leur débiteur leur sont opposables, qu'ils ne peuvent se plaindre de ses aliénations, à moins d'établir qu'elles ont un caractère frauduleux ? Dès lors, il faudrait laisser les créanciers ordinaires du cédant d'un fonds de commerce, les créanciers chirographaires, sous l'empire du droit commun : ils n'auraient, pour attaquer la cession faite à leur détriment, que les armes ordinaires, celles que prêtent les art. 1167 C. Civ., 446 et 447 C. com. ; quant au prix de la cession, la seule prétention qu'ils pourraient exercer contre le cessionnaire du fonds serait celle qu'ils tireraient du droit commun, notamment d'une procédure normale de saisie-arrêt.

D'autre part, les créanciers pourraient-ils se plaindre de la clandestinité de la cession ? Notre loi, nous le savons, n'a organisé aucune publicité spéciale pour les cessions de fonds de commerce, même à l'égard des tiers. Sans doute, on conçoit un régime qui organiserait cette publicité spéciale. Il y a, dans plusieurs législations étrangères, une publicité commerciale organisée, on connaît l'institution des registres de commerce et de l'immatriculation des firmes. On sait que, en Allemagne notamment, tout commerçant est inscrit avec sa firme sur un registre spécial, le *Handelsregister*, où l'on sera tenu de porter certains faits notables de l'existence commerciale de ce commerçant ; le registre est tenu au siège du tribunal de commerce dans le ressort duquel est exploité l'établissement sous la firme déclarée ; toutes les modifications survenues dans l'emploi de la firme, les événements qui en altèrent

ou en changeant la signification, notamment la transmission de la firme avec le fonds de commerce à une autre personne qui continue les affaires, doivent être enregistrés sous la rubrique de cette firme. D'ailleurs, outre les mentions dont l'enregistrement est obligatoire, on pourra en inscrire d'autres qui seront facultatives : nous avons signalé comment on pouvait se servir des registres du commerce pour publier une transmission du passif commercial en cas de cession du fonds de commerce. En outre des moyens d'information qui résultent de l'inscription même sur le Handelsregister, de la communication directe des registres ou de la délivrance d'extraits faites à tout requérant, les mentions enregistrées sont publiées dans des journaux spéciaux. De cette manière, les tiers peuvent être renseignés ; les faits dont la mention est prescrite, comme la transmission d'une firme, ne leur seront pas opposables si, faute de publicité régulière, les intéressés n'en ont point eu connaissance (1). Quoiqu'il en soit, nous n'avons chez nous aucune organisation légale analogue ; c'est sans doute une lacune regrettable, mais il faut la tenir pour certaine ; dès lors, à moins toujours de prouver la fraude, les créanciers de celui qui cède son fonds de commerce ne devraient pas pouvoir se plaindre de ce que la transmission n'a été soumise à aucune publicité.

Cependant, nous allons trouver dans notre pratique commerciale une tendance très nette dans le sens d'une protection plus forte et plus spéciale au profit des

(1) V. Cosack, *op. cit.*, pp. 42-48 ; Code de comm. Allemand de 1861, art. 12 et s. ; Code de comm. de 1897, art. 8 et s. ; Cf. Lyon-Caen et Renault, I n° 194 bis ; Thaller, *Traité élémentaire*, n° 76.

créanciers du cédant d'un fonds de commerce. Non seulement, on essaiera d'imposer une publicité qui avertisse ces créanciers de la cession, mais on cherchera à obliger l'acquéreur à suspendre pendant un délai déterminé le paiement de son prix pour permettre à ces créanciers de se faire désintéresser sur ce prix. Pourquoi cette dérogation aux règles communes ? Pour la soutenir, on a, généralement, invoqué l'utilité qu'il y avait de remédier à des fraudes fréquentes, à ces combinaisons déloyales par lesquelles un commerçant vend son fonds, sans aucune publicité puisque la loi ne l'impose pas, se hâte de toucher le prix, de manière que les créanciers soient dépouillés de leur principal gage et laissés, désormais, en présence d'un actif insignifiant, sinon nul. Sans doute, nous l'avons dit, le droit commun offre des moyens de remédier à ces actes frauduleux et ouvre aux créanciers, à cet effet, des actions en nullité ; puis surtout, on aura la ressource de faire déclarer en faillite le débiteur peu scrupuleux. Mais, le monde commercial a trouvé que ces garanties légales étaient loin d'être suffisantes et a cherché à les compléter par des institutions que nous devons maintenant définir d'une manière plus complète (1).

Dans beaucoup de villes et surtout à Paris, il est d'usage de publier les cessions de fonds de commerce. Cette publication, nous le savons, est destinée à avertir les créanciers du cédant qui, de cette manière, pour-

(1) Sur cet usage spécial relatif aux cessions de fonds de commerce, Cf. surtout : Lèbre, *op. cit.*, pp. 163-191, nos 144-151 ; Pelissier, *Des ventes de fonds de commerce*, pp. 57-75, nos 73-96 ; Lyon-Caen et Renaut, III, pp. 177-181, nos 250-254 ; Dal. Rép. v^o *Ind. et comm.*, n^o 375 ; Dal. Sup. Rép., eod. v^o n^o 497 et v^o *Vente*, n^o 496-500.

ront faire leurs oppositions au paiement du prix de la cession ; à cet effet, le cessionnaire devra, pendant un délai déterminé qui à Paris notamment est de dix jours, suspendre le paiement de son prix. Telles sont les très grandes lignes de la pratique considérée.

Il y a donc en principe un acte de publicité, une insertion dans un journal, qui signale la cession aux intéressés. Les mentions que doit contenir cet avis ne sont pas rigoureusement déterminées : d'une manière générale, il indique la cession, sa date, le nom des parties, le domicile où les oppositions seront reçues et le délai pendant lequel elles pourront utilement intervenir. La durée de ce délai n'est pas partout uniforme : ainsi, tandis qu'elle est de dix jours à Paris, elle est de huit jours à Marseille. Il y a ainsi, à suite de la publication, une courte période de temps pendant lequel le règlement définitif du prix sera suspendu.

L'intervention des créanciers qui viennent réclamer leurs droits sur ce prix affecte les caractères d'une saisie-arrêt de la créance du prix. Ce sont, en effet, les règles de la saisie-arrêt qui forment la base des usages dont nous parlons. Ainsi, on devra appliquer le principe d'après lequel la créance qui donne lieu à une saisie-arrêt doit être certaine et exigible. On s'est demandé toutefois si, à ce point de vue, il ne faudrait pas admettre certaines règles spéciales aux cessions de fonds de commerce. Nous verrons, en étudiant les droits de cédant du fonds, qu'une question discutée est celle de savoir si la revente du fonds par l'acquéreur n'emporte pas d'elle-même déchéance du terme au profit de son vendeur. On s'est posé la même question vis-à-vis des créanciers ordinaires : pourraient-ils pré-

tendre que la cession du fonds diminue leurs sûretés, rend leurs créances exigibles et les autorise par conséquent à faire opposition au paiement du prix ? Il ne le semble pas ; c'est du moins ainsi que l'a décidé un arrêt de la Cour de Cassation (1). Cependant, paraît-il, à Paris les tribunaux valident souvent des oppositions faites pour des créances dont l'exigibilité n'est pas certaine au moment de la cession (2). Quoiqu'il en soit, ce n'est guère qu'au point de vue de la forme que la pratique des oppositions diffère des règles communes de la saisie-arrêt. C'est à ces règles que l'on devra avoir recours pour des hypothèses où les règles admises par l'usage spécial ne trouveront pas leur application. Il se peut que les parties ne veuillent ou ne puissent employer les formes simples reçues dans cet usage : il y aura, par exemple, désaccord entre les créanciers sur la voie à suivre pour la distribution du prix et on exigera alors une distribution judiciaire ; il se peut que, les délais fixés par l'usage spécial ayant expiré, le recours à la saisie-arrêt ordinaire soit encore possible, mais nécessaire.

Il n'en importe pas moins de remarquer la tendance très marquée de la pratique vers une grande simplification de formes. Nous estimons qu'il y a là une manifestation spontanée des aspirations du monde commercial, dont on pourrait tenir compte dans les réformes à venir. Ainsi, on admet couramment les oppositions *par lettres recommandées* ; en général, le procédé est

(1) Cass., 4 janvier 1870, cassant Seine, 29 oct. 1868, S. 70, 4, 103. D. P., 70, 4, 44 ; Lèbre, *op. cit.*, n° 135 ; Pelissier. *op. cit.*, pp. 65-66, 159.

(2) Pelissier, *op. cit.*, p. 66 note 2.

complété au moyen d'un *accusé de réception* donné par l'acquéreur du fonds ou le mandataire chargé de recevoir les oppositions et transmis par lettre aux créanciers opposants. On supprime ainsi les formes bien autrement compliquées de la saisie-arrêt ordinaire : exploit, dénonciation au saisi, contre-dénonciation, etc., etc. De même, lorsqu'il s'agira de donner mainlevée des oppositions, on admettra que la mainlevée résulte suffisamment d'un simple *bon* signé par le créancier opposant (1). Lorsqu'il y a plusieurs créanciers opposants, ceux-ci sont, après l'expiration des délais, convoqués par lettres recommandées à une réunion amiable où l'on vérifie les oppositions et où l'on procède, à moins de contestation nécessitant l'intervention judiciaire, à la distribution amiable des deniers. Ainsi, l'usage reconnaît des formalités particulièrement simples auxquelles le plus souvent les parties, dans leur propre intérêt, se conformeront. Celui qui use ainsi de ces procédés simplistes ne peut exiger que vis-à-vis de lui on suive les formalités rigoureuses de la saisie-arrêt. Par exemple, un créancier a fait une opposition suivant les formes simplifiées reçues par l'usage, sans dénonciation ni contre-dénonciation ; il ne pourra faire sommation à l'acheteur du fonds de faire au greffe la déclaration affirmative des sommes par lui dues à son vendeur, sous la sanction prévue par l'art. 577 Proc. civ. Il ne peut, comme on l'a dit, invoquer utilement les règles et dispositions prévues au titre des saisies-arrêts que s'il s'y est lui-même conformé (2).

(1) Trib. comm., Marseille, 11 février 1896, *Monit. jud. du Midi*, n° du 23 août 1896 ; Lèbre, *op. cit.*, p. 184 ; Pelissier, *op. cit.*, pp. 67 et s.

(2) Paris, 29 avril 1897, *Gaz. Trib.*, 20 juin, *Ann. de dr. com.*, 97. B. j., p. 349.

En laissant de côté les questions de forme, on voit quelles sont les règles particulières introduites par l'usage dans la matière des cessions de fonds de commerce. Mais, il s'agit de savoir maintenant quelle est la force juridique de ces usages et si la pratique qu'ils révèlent est impérieuse ; c'est là le point capital et celui qui a suscité le plus de controverses.

Section II. — Valeur juridique de l'usage relatif à la publication des cessions de fonds de commerce.

La première question à résoudre est de savoir quelle est l'étendue territoriale de ces usages : sont-ils généraux ou purement locaux ?

Il est assez difficile de se prononcer d'une façon précise, car, il y a eu souvent beaucoup de discussions sur l'existence de l'usage dans telle ou telle localité déterminée. Cependant, on reconnaît généralement qu'il ne s'agit pas ici d'une coutume générale ; elle n'existe pas partout ; c'est du moins la constatation qui résulte de certains documents de jurisprudence (1). Son existence à Paris est reconnue sans conteste et paraît fort ancienne, on a même dit « immémoriale » (2). C'est dans la pratique de Paris que l'institution a reçu ses développements les plus complets et ses formes caractéristiques. Toutefois, on a parfaitement reconnu le fonctionnement d'usages analogues, malgré certaines

(1) V. par exemple : Bordeaux, 27 août 1883. S. 84, 2, 90, d'après lequel l'usage ne serait pas certain à Bordeaux ; c'est une constatation analogue qui paraît résulter, pour Montpellier, d'un jug. du trib. comm. Montpellier, 15 déc. 1896, J. trib. com., 1897, n° 13 948, p. 839.

(2) Pelissier, *op. cit.*, p. 59.

différences de détail, dans d'autres grandes villes, comme Lyon, Marseille, Rouen, etc. En fait, la pratique des publications des cessions et des oppositions sur le prix est très fréquemment suivie, mais elle ne correspond pas partout à des usages également nets.

Il est intéressant de remarquer que, pendant longtemps, il a existé en Algérie une disposition réglementaire prescrivant des formalités analogues à celles que nous avons aperçues. Elle se trouve dans un arrêté du gouverneur de la colonie d'Alger du 19 déc. 1831 dont nous reproduisons la teneur : « Toute boutique ou fonds de commerce situé dans la ville d'Alger restera chargé, nonobstant la vente qui en sera faite, *des dettes contractées par le vendeur relativement à ce fonds de commerce ou boutique* soit pour loyer ou pour fourniture de marchandises ; et les acquéreurs ne pourront se soustraire à cette disposition sous prétexte qu'ils auraient payé tout ou partie de leur acquisition, qui ne sera affranchi de cette garantie, que quand le vendeur et l'acheteur auront donné communication de leur transaction par voie d'affiches à la Chambre de commerce d'Alger et qu'ils auront déposé et affiché un extrait de l'acte de vente au greffe de la Cour de justice lequel devra être visé et placardé dans un tableau à ce destiné — Quinze jours après le dépôt, l'objet vendu sera affranchi de la garantie ci-dessus spécifiée (1) ». Il faut remarquer, dans cette disposition, la mention expresse que les dettes, pour lesquelles aura lieu la garantie indiquée, sont les dettes « *contractées par le vendeur relativement au fonds de commerce cédé* ».

(1) De Ménerville, *Dictionnaire de la législ. algérienne*, I, p. 656.

Cette indication est à relever, car, on ne la rencontre pas dans les usages communs que nous avons signalés. Mais, il faut ajouter que l'arrêt que nous avons reproduit a été abrogé par décret du 15 septembre 1874 (1).

Une fois les usages constatés avec leur étendue, il faut se demander quelle est leur valeur juridique. La question a été souvent portée devant les tribunaux et a donné lieu à des solutions divergentes que l'on peut ramener à trois systèmes dont un intermédiaire. Dans une de ces conceptions, l'usage spécial a pleine force obligatoire ; dans la conception opposée, cette valeur lui manque absolument ; dans la notion mixte, l'usage n'a d'effets juridiques que par interprétation de la volonté des parties.

1^{er} système : l'usage est obligatoire. — En effet, dit-on, c'est là un usage commercial, et les usages commerciaux ont force de loi et l'emportent sur les dispositions légales qui ne sont ni impératives ni prohibitives. L'usage en question n'est contraire à aucune disposition impérative ou prohibitive, la loi ne l'interdit nulle part ni n'impose une pratique contraire ; pourquoi ne pas lui reconnaître pleinement la force obligatoire ? D'ailleurs, c'est une coutume inspirée par « le sens d'honnêteté dans les affaires » ; elle a été établie par le commerce loyal pour faire échec à des fraudes trop fréquentes ; n'est-ce pas là une raison majeure pour reconnaître sa validité, pour l'imposer et la soustraire aux atteintes des contractants ?

Voici les déductions que l'on tire de ce point de vue.

(1) *Code algérien* de MM. Hugues et Lapra, p. 124 ; Cf. Cass. req., 21 nov. 1881. D. P., 82, 1, 165 et S. 82, 1, 84 ; Lyon-Caen et Renault, III, p. 159, note 3.

D'une part, la publication de la vente du fonds est nécessaire pour limiter les droits des créanciers contre le cessionnaire. Tant que la publication n'a pas été faite, l'acheteur n'a pu se libérer valablement au regard des créanciers du cédant, et ceux-ci peuvent exiger qu'il s'acquitte une seconde fois du prix entre leurs mains ; ils ne sont plus soumis à aucun délai pour leurs oppositions par le fait que la publication, premier terme de ce délai, a été omise ; ils peuvent, en tout temps, réclamer à l'acheteur ce qu'ils auraient pu obtenir si la publication les avait mis en mesure de faire valoir leurs droits. D'autre part, si l'on suppose la publication effectuée, elle lie les parties vis-à-vis des créanciers dans les conditions fixées par l'usage. Ceux-ci ont tout le délai usuel pour faire leurs oppositions ; il ne dépend pas des parties de le restreindre. Si l'acheteur payait avant l'expiration du délai, sa responsabilité serait engagée vis-à-vis des créanciers. D'ailleurs, évidemment, les oppositions ne peuvent intervenir que dans le délai d'usage.

Ainsi, dans ce système, l'usage consacre un droit absolu pour les tiers ; les parties ne sauraient y faire échec par leurs stipulations. Il est évident d'ailleurs que les parties peuvent invoquer l'usage dans leurs rapports entre elles : l'acheteur pourrait donc refuser de se libérer entre les mains du vendeur tant que les formalités voulues n'auront pas été remplies.

Telest lesystème que plusieurs auteurs ont soutenu (1).

(1) Boistel, *Précis de droit commercial*, p. 490, n° 482 ; Ruben de Couder, *Dict. de droit comm.*, v° *fonds de commerce*, n° 36 ; Levé, *Code de la vente commerciale*, n° 405 ; Lèbre, nos 145 et 147 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, n° 686 ; Pelissier, nos 79 et 82.

Il n'a été nettement adopté que par d'assez rares décisions de jurisprudence (1).

2^{me} système : l'usage n'est pas obligatoire. — C'est un usage qui, s'il existe, n'a pas force de loi et n'impose rien. L'absence de publication n'engagera pas la responsabilité du cessionnaire. C'est ce que dit, par exemple, un jugement du tribunal civil de la Seine du 5 février 1859 (2) : « Le seul fait de n'avoir pas rempli cette formalité qui, à la vérité, est d'usage dans le commerce, mais qu'aucune loi ne prescrit, ne peut, en l'absence de toute preuve qui établisse que l'acquéreur ait connu le mauvais état des affaires de son vendeur, être considéré comme un acte de mauvaise foi ou même comme une faute de nature à entraîner, à l'égard des créanciers de son vendeur, la nullité des conventions de vente et du paiement qui en a été la conséquence. »

Si la publication a été faite, elle n'obligera pas davantage les parties à retarder le paiement du prix ; le cessionnaire pourra se libérer avant l'expiration du délai d'usage. Les arrêts ont décidé en ce sens que les parties pouvaient réduire à leur gré la durée du délai fixé pour les oppositions (3).

3^{me} système : l'usage est obligatoire mais sous réserve de la volonté contraire des parties. — C'est là le système auquel on paraît le plus généralement se ratta-

(1) Trib. civ. Lyon, 23 nov. 1880. J. trib. de com., 1881, t. XXX, p. 242 ; trib. comm. Rouen, 23 mars 1896. D. P., 96, 2, 208. J. trib. com., 97, p. 681.

(2) Jug. cité dans la note sous trib. Seine, 31 mars 1868. S. 69, 2, 56. D. P., 68, 3, 90 ; adde dans le même sens : Bordeaux, 27 août 1883, précité ; Montpellier, 15 déc. 1896, précité.

(3) Paris, 18 fév. 1882. S. 83, 2, 91 ; Trib. civ. Seine, 4 juin 1888, *Ann. de dr. comm.*, 1889. Jur., p. 6 et note.

cher. L'usage des publications et des oppositions est un usage auquel il faut reconnaître la force obligatoire des usages commerciaux, mais cette valeur seulement. Or, dit-on, les usages commerciaux n'ont de valeur que par interprétation de la volonté des parties (1). Celles-ci sont donc libres d'y renoncer. Les créanciers pourraient-ils s'en plaindre ? Non, a-t-on dit, « un usage ne peut pas créer un droit pour les tiers (2) ». Dans l'espèce, il faut et il suffit, pour que l'usage n'ait pas d'applications, que les parties aient voulu y déroger. Que présumera-t-on en cas de silence de l'acte de cession ? on devra présumer que les parties ont entendu se référer à l'usage, et le cessionnaire pourrait alors refuser de se libérer à l'égard du cédant tant que les conditions voulues par l'usage ne sont pas remplies (3). Mais, les tiers créanciers ne peuvent se plaindre de l'absence de la publication, à moins d'établir la fraude. A défaut de la publicité, les parties conservent en principe toute leur liberté. Le cessionnaire peut se libérer entre les mains du cédant sans observation d'aucun délai, le cédant peut disposer de sa créance du prix.

Au contraire, la situation va changer dès que les formalités d'usage auront été accomplies. En principe, la publication, surtout quand elle contient invitation des créanciers à faire les oppositions, vaut engagement des parties à observer les usages, c'est-à-dire à réserver

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n° 81 et III, n° 251, p. 278; Thaller, *Traité*, n° 76; Dal. Sup. Rép., v° *Usages commerciaux*, n° 3.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, III, *loc. cit.*; Dal. Sup. Rép., v° *Vente*, nos 496, 497.

(3) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 253; Dal. Sup. Rép., v° *cit.*, n° 496.

le prix pendant le délai usuel au profit des créanciers. Le paiement du prix avant l'expiration de ce délai ne serait pas opposable aux créanciers qui auraient fait leurs oppositions en temps utile. Voici le principe, tel qu'il est nettement formulé par un jugement récent du tribunal civil de la Seine (1) : « En faisant insérer dans un journal un avis annonçant la vente d'un fonds de commerce et indiquant le lieu où les oppositions seront reçues, le vendeur et l'acheteur de ce fonds s'engagent à réserver le prix de vente pour être distribué aux créanciers qui se révéleraient dans le délai utile. Cette annonce constitue de la part de l'acheteur une *pollicitation* qui l'oblige envers les créanciers qui l'acceptent. Et cette acceptation résulte de tout acte, même d'une simple lettre missive, ou même d'une opposition nulle pour défaut de dénonciation ou de contre-dénonciation, etc. »

Cette idée de l'obligation engendrée par la publication et de la responsabilité qu'elle entraîne a été souvent rappelée et appliquée par les tribunaux (2). Si l'on n'admettait pas cet effet, fait-on remarquer, la publication donnée à la cession et l'invitation adressée aux créanciers seraient sans motifs et même de nature à induire ces derniers en erreur en leur inspirant une fausse sécurité (3).

(1) Trib. civ. Seine, 9 février 1898, *Ann. de dr. com.*, 98, B. j., p. 358.

(2) Trib. civ. Seine, 31 mars 1868. S. 69, 2, 56; 8 oct. 1869. S. 70, 2, 333; trib. com. Marseille, 9 août 1892, *Recueil de Marseille*, 1892, p. 312; Paris, 10 mai 1895. D. P., 95, 2, 440; trib. com. Marseille, 11 février 1896, précité; Paris, 29 avr. 1897, *Ann. de dr. com.*, 97. B. j., p. 349. S. 98, 2, 29 et note. D. P., 98, 2, 37.

(3) Trib. civ. Seine, 26 mai 1883, J. trib. com., 1884, t. XXXIII, p. 389; Dal. Sup. Rép., v^o *Vente*, n^o 497.

Quant au calcul du délai, il dépend évidemment de l'usage, mais on reconnaît généralement qu'il faut le prendre comme *délai franc* dans lequel n'est pas compris le jour même de la publication (1).

Quelle est la conséquence de la violation de l'usage, si, en dépit de la publicité, le prix a été payé au vendeur malgré des oppositions, ou si un des créanciers utilement opposants a été omis de la distribution ? En principe, il faut dire que le créancier qui a régulièrement exercé ses droits peut réclamer contre le cessionnaire ce qu'il aurait eu si les règles de l'usage avaient été suivies : il pourra donc poursuivre un second paiement du prix, sauf, s'il y a lieu, le recours du cessionnaire contre le cédant (2).

Faudra-t-il dire que, durant le délai usuel après la publication, le vendeur ne pourra disposer de la créance du prix à l'encontre des créanciers qui interviendraient en temps utile ? Il le semblerait bien, si l'on veut protéger efficacement le droit des créanciers. Cependant, on a quelquefois allégué qu'« on ne peut guère sans un texte de loi exiger de tout cessionnaire (de la créance du prix) qu'il vérifie dans les journaux d'annonces si la vente a été ou non publiée », qu'il faudra donc valider la cession si le cessionnaire a été de bonne foi et a ignoré la publication de la vente (3).

En tout cas, il faut remarquer, dans le système que nous avons indiqué, l'engagement résultant de la pu-

(1) Cass., 20 janv. 1863 S. 63, 1, 44 ; trib. civ. Seine, 31 mars 1868 et 8 oct. 1869, précités ; Lèbre, *op. cit.*, n° 145.

(2) Pélissier, *op. cit.*, p. 74, n° 95.

(3) Dal. Sup. Rép., v° *Vente*, n° 498 ; Cf. en ce sens : Paris, 18 février 1882. S. 83, 2, 91.

blication. On pourrait le rapprocher des usages allemands déjà signalés, en vertu desquels la publicité de la cession du fonds engageait directement le cessionnaire envers les créanciers ; mais, dans ces usages, le cessionnaire n'est engagé que vis-à-vis des créanciers commerciaux, pour les dettes du fonds, et d'autre part pour toutes ces dettes, sans limitation d'après le prix.

Logiquement, avec le système qui fait de l'usage de la publication des cessions de fonds de commerce un usage interprétatif de volontés, les parties pourraient dans l'acte de publication déclarer qu'elles n'observeront pas l'usage ou qu'elles abrègeront le délai.

D'ailleurs, la seule publication n'est pas une attestation suffisante de la validité de la cession. Celle-ci peut être attaquée comme frauduleuse en vertu de l'art. 1167 Civ. ou de l'art. 447 Com. Tout au plus, pourrait-on voir dans la publicité une présomption de fait que la vente a été régulière (1).

On voit, en somme, qu'il y a beaucoup d'incertitude sur la valeur juridique de cet usage.

Pour nous, il nous paraît que le système le plus juridique est celui qui reconnaît pleine force obligatoire à l'usage en question. Avant tout, il faut bien constater l'usage et reconnaître de façon sûre son existence. Si cette constatation est faite, il nous semble qu'il faut appliquer l'usage dans toute sa force. Sans doute, l'usage ne vaut que comme interprétatif de la volonté des parties, mais, dirons-nous, de toutes les parties intéressées. Quand un usage n'intéresse que les parties contractantes, on comprend sans peine qu'elles puis-

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 252 bis.

sent y renoncer dans les rapports qu'elles ont entre elles. Mais, dans notre hypothèse, nous sommes en présence d'une coutume qui a voulu établir une protection pour les tiers, nous ne voyons pas pourquoi elle ne créerait pas un droit à leur profit ; il semble, au contraire, raisonnable d'admettre que les parties ne peuvent pas d'elles-mêmes anéantir les garanties que l'usage a voulu donner aux tiers. Nous nous rallierons donc de préférence au premier des systèmes que nous avons exposés.

Section III. — Projets de mesures législatives.

Nous avons dit les incertitudes qui existent dans la jurisprudence au sujet de la valeur de l'usage relatif aux cessions de fonds de commerce. Nous savons, d'autre part, que ces usages n'ont pas partout ni la même organisation, ni la même netteté, ni la même solidité. Il s'en suit que, dans la matière, on n'aura qu'une réglementation flottante et indécise. Or, si le danger auquel on veut parer est réel, on doit se demander s'il n'y aurait pas moyen d'affermir les essais de la pratique. On a naturellement pensé à l'intervention du législateur, et beaucoup la sollicitent encore (1).

La question a d'abord été examinée par les représentants directs des intéressés, les Chambres de Commerce. La Chambre de Commerce de Dijon a pris l'initiative

(1) V. sur les projets de réforme : Lèbre, pp. 170-171, n^{os} 149-151 et les renseignements donnés dans l'*Exposé des motifs* de la proposition de loi sur la publication des ventes de fonds de commerce présentée au Sénat par MM. Mazeau et Dietz-Monnin (Sénat, séance du 16 juil. 1885, *Journal officiel*, 1885, doc. parlem., p. 325).

d'une enquête faite sur ce point auprès des autres Chambres ; renouvelant un vœu qu'elle avait admis déjà en 1881, la Chambre de Dijon demandait la publicité obligatoire. Voici le vœu qu'elle émettait, après avoir rappelé les tendances de la jurisprudence contraires à la force obligatoire de l'usage : « Considérant que le commerce par cette jurisprudence nouvelle se trouve lésé dans ses intérêts ; que la confiance si nécessaire aux affaires en est amoindrie, et que les relations commerciales dans bien des cas sont sinon interrompues, du moins beaucoup entravées ; car, il sera toujours libre à un commerçant malhonnête d'acheter à crédit des quantités considérables de marchandises, de vendre au comptant son établissement, d'en toucher le prix et de ne laisser à ses créanciers qu'un actif dérisoire ; — A émis le vœu que le Gouvernement et le Parlement combler la lacune qui existe dans la loi en y ajoutant une disposition exigeant que toute vente ou cession de fonds de commerce soit publiée dans l'un des journaux de la circonscription du Tribunal où se trouve le fonds du vendeur avec l'adresse du domicile où les créanciers pourront faire opposition à la libération définitive de l'acquéreur, pendant dix jours francs à partir du jour de la publication. »

Cette délibération fut envoyée à toutes les Chambres de Commerce de France et d'Algérie. Sur trente-huit ayant répondu à cet appel, trente-cinq ont été favorables malgré certaines variantes (1).

La Chambre de Commerce de Paris s'est prononcée en faveur de la réforme dans le sens indiqué par la

(1) *Exposé des motifs*, prop. Mazeau, précité ; Lèbre, p. 171.

Chambre de Dijon, en se réservant toutefois l'étude ultérieure de dispositions plus larges, parce qu'elle constate que « la législation applicable aux ventes de fonds de commerce pourrait comporter des réformes plus étendues ». Plusieurs Chambres syndicales de Paris, notamment celles des tissus et des matières textiles, de l'épicerie en gros et des industries qui s'y rattachent, des vins et spiritueux, donnèrent une adhésion analogue.

En sens inverse, la Chambre de Commerce de Dijon exprima l'opinion que la réforme proposée, bonne en principe dans son but, serait insuffisante. Le problème, fait-elle remarquer, n'est point facile à résoudre. Car, si la publication peut protéger les créanciers locaux qui, vivant à proximité de leur débiteur, peuvent être touchés par une publicité locale, les créanciers éloignés, tels que l'on en rencontre souvent, ne seront guère protégés par des avis dont ils n'auront le plus souvent pu avoir connaissance. Dans l'opinion de la Chambre de Lyon, mieux vaudrait « introduire dans l'art. 591 du Code de commerce énumérant les cas de banqueroute frauduleuse une disposition spéciale à ceux qui vendent leur fonds de commerce pour en dérober le prix directement à leurs créanciers ».

Les Chambres de Nantes et de Reims se prononcèrent nettement contre l'introduction d'une législation spéciale. La première fait valoir que la réforme serait une dérogation injustifiée aux principes généraux, qu'elle serait une source de complications et, au demeurant, insuffisante. Pourquoi protéger spécialement les créanciers d'un commerçant qui lui ont fait imprudemment confiance en lui vendant, par exemple, des

marchandises considérables à crédit? la meilleure garantie pour celui qui doit traiter avec un commerçant, c'est la prudence avec laquelle il contracte et fait crédit. N'est-il pas injuste de traiter les transactions sur les fonds de commerce comme si tous les exploitants étaient de mauvaise foi? D'ailleurs, « pourquoi ne légiférer que pour les vendeurs de fonds de commerce? Le grand négociant qui vend les marchandises qu'il possède dans ses magasins ou dans les entrepôts publics, l'industriel qui vend son usine, le propriétaire qui vend son immeuble ou son mobilier, tous ne peuvent-ils pas être soupçonnés de vouloir enlever à leurs créanciers cet actif qui leur apparaît au soleil comme leur garantie, et tous par conséquent ne devraient-ils pas être obligés à la publication de la vente pour que les oppositions de leurs créanciers soient reçues pendant dix jours? ». La réforme proposée aurait d'ailleurs le très grand inconvénient « de transformer des liquidations variables, c'est-à-dire promptes et sans frais, en liquidations judiciaires longues et coûteuses ». L'inconvénient pourrait être très gênant pour le commerce honnête; quant à l'individu peu scrupuleux, il trouvera toujours moyen « en vendant partiellement son mobilier, son matériel ou ses marchandises, de faire disparaître son actif et d'éluder ainsi la loi (1) ».

La Chambre de Commerce de Reims reconnaît qu'il est bon de lutter contre la fraude et qu'à ce titre la réforme mériterait approbation; mais, le mal auquel il s'agit de porter remède est assez peu grave; en effet, ceux qui en sont victimes « ont le plus souvent à se

(1) Cf. *Exposé des motifs* précité, et Lèbre, pp. 172 et s.

reprocher leur propre imprudence et leur trop grande facilité à livrer des marchandises sans souci de la moralité de leur acheteur ». D'un autre côté, la réforme porterait atteinte à la liberté des conventions ; car, il faut remarquer que « la mesure proposée sort du droit commun, qu'elle oblige à rendre publics des actes essentiellement privés de leur nature, qu'elle assujettit tout vendeur et tout acheteur d'un fonds de commerce, quelque honorables et solvables qu'ils soient, à initier les tiers dans leurs affaires ».

La question si pratique que nous envisageons ne fut pas seulement discutée devant les Chambres de Commerce ; elle fut débattue dans la presse spéciale ; une « Ligue des négociants » fut même fondée à Paris pour combattre les fraudes relatives aux ventes de fonds de commerce. Des projets de réforme furent élaborés dont certains, très vastes, veulent réformer une grande partie de la législation commerciale et même de la législation civile (1).

Une proposition de loi qui s'inspire de ces tendances diverses a été soumise au Sénat, le 16 juillet 1885, par MM. Mazeau et Dietz-Monnin (2).

Tout en estimant qu'une législation plus étendue relative aux cessions de fonds de commerce était désirable, les auteurs de la proposition ont pensé qu'il

(1) V. Lèbre, pp. 486 et s. ; v. notamment un projet en 17 articles, élaboré par MM. Lèbre et Maréchal, avocats, et qui s'inspire de la pratique suivie à Paris ; quoique constituant, dans la pensée de ses auteurs, un « minimum », il est encore très détaillé : il règle les saisies-arrêts, les convocations de créanciers, une mise du fonds aux enchères, un droit de préemption, etc.

(2) V. pour l'*Exposé des motifs*, *Journal officiel*, *loc. cit.*

fallait tout d'abord se borner à la réforme la plus urgente. Voici la teneur de la proposition :

Article unique. « La disposition suivante est ajoutée à l'art. 109. C. Com. : Toute vente ou cession de fonds de commerce sera, à la diligence de l'acquéreur, publiée sous forme d'extrait ou d'avis dans un journal du ressort du tribunal de commerce, où se trouve le fonds vendu, ou, à défaut, dans un journal de l'arrondissement, l'un ou l'autre désignés, chaque année, par ce tribunal.

Cette publication contiendra élection de domicile dans le ressort ; elle sera renouvelée le cinquième et le dixième jours après la première inscription.

Tout créancier du vendeur pourra, pendant 15 jours francs, à partir de cette insertion, former au domicile élu opposition au paiement du prix. L'acquéreur qui, sans publication, ou avant l'expiration de ce délai, aura payé son vendeur, ne sera pas libéré à l'égard des tiers ».

Dans l'exposé des motifs, les auteurs du projet se sont attachés à réfuter les principales objections que l'on avait déjà faites. La prudence, avait-on dit, doit être le régulateur des transactions ; mais, « elle peut être en défaut et c'est précisément dans ces cas que la loi intervient pour protéger la bonne foi contre la fraude, elle ne devient pas pour cela une sorte de loi des suspects ». A l'objection que la réforme aurait l'inconvénient de transformer en liquidations judiciaires compliquées des liquidations amiables, on répond que la publicité sera souvent une « précaution inutile », mais qu'elle « procurera aux uns, à ceux qui voudront en user, une sécurité plus grande, et éloignera de l'esprit des

autres, la tentation de combinaisons malhonnêtes et immorales ». On ne saurait, d'autre part, sérieusement objecter que la disposition obligera les parties à rendre publics des actes auxquels elle peuvent avoir intérêt de conserver leur caractère privé ; car, il s'agit d' « une formalité facultative en ce sens que l'acheteur pourra toujours s'en dispenser à ses risques et périls ; il saura seulement qu'en ne la remplissant pas, il sera, le cas échéant, responsable vis-à-vis des créanciers de son vendeur ».

Ainsi, par la proposition, on a voulu rendre « général et obligatoire » l'usage que nous connaissons : « La vente ou la cession d'un fonds de commerce, pour être opposable aux tiers, devra recevoir une publicité suffisante à créer cette présomption qu'ils ont dû la connaître. Cette publicité est, au regard de l'acquéreur, la formalité essentielle pour opérer, à son profit, en cas de paiement du prix à son vendeur, une libération entière et définitive... Il est entendu d'ailleurs que cette formalité touche à *l'ordre public* ; car, elle a pour objet, dans un intérêt supérieur et universel, de protéger la bonne foi et de punir la fraude, en tendant à supprimer les aliénations occultes et les manœuvres qu'elles couvrent trop fréquemment. Il suit de là que la convention des parties ne pourrait interdire valablement la publication à l'acquéreur. Cette convention ne le lierait pas vis-à-vis de son cédant et ne serait pas opposable aux créanciers de celui-ci ».

On justifiait la proposition en disant qu'elle n'était en réalité « que l'expression d'un vœu de l'opinion publique ».

La proposition, sur avis unanime de la commission

d'initiative, a été prise en considération le 5 décembre 1885 (1). La commission d'examen à laquelle le projet avait été renvoyé a décidé de demander au Gouvernement une enquête auprès des Chambres et des tribunaux de commerce ; le Gouvernement a fait soumettre à ces corps un questionnaire délibéré par la commission. Depuis, la proposition est devenue caduque par l'expiration de la législature et vraisemblablement oubliée. Car, nous constatons que, lors de la discussion de la loi récente sur le nantissement des fonds de commerce, où l'on a agité la question d'une réforme relative aux cessions de fonds, où l'on a exprimé le vœu que cette réforme soit entreprise, on n'a fait aucune allusion à la proposition que nous avons reproduite (2).

On peut, cependant, se demander si la réforme proposée est désirable. La proposition Mazeau-Dietz-Monnin a fait l'objet de critiques variées. Certains l'approuvent pleinement, en reproduisant la réfutation des objections principales comme nous l'avons indiquée d'après l'exposé des motifs (3). D'autres la trouvent incomplète et insuffisante (4).

Il est certain que toutes les objections faites à la proposition ne sont pas également sérieuses. Nous attachons peu de valeur à cette objection que la publication serait gênante et contrarierait le besoin de discrétion

(1) V. le rapport sommaire de M. le sénateur Munier, Sénat, session ordinaire, 1885, *J. off.*, doc. parlam., n° 339; Cf. Lèbre, pp. 188 et s.

(2) V. le rapport de M. le sénateur Thézard, *J. off.*, doc. parlement., sess. extraord., Sénat, 1897, annexe n° 94.

(3) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 253 bis, pp. 180 et 181.

(4) Lèbre, p. 191; Muscat, *Observations sur le projet de loi de MM. Mazeau et Dietz-Monnin, la Loi*, n° du 19 août 1885.

dans les affaires. On peut répondre que l'usage, en créant les publications lui-même, a marqué qu'elles n'offraient pas un grand danger ; il suffirait, d'ailleurs, qu'elles contiennent les mentions strictement nécessaires. En tout cas, comme on l'a fort bien fait remarquer, la formalité reste en somme facultative dans une certaine mesure ; si l'acquéreur a confiance dans la solvabilité et la loyauté du vendeur, il pourra passer outre à la publicité. Le reproche tiré de la complication apportée dans les transactions nous paraît plus sérieux ; cependant, on pourrait l'atténuer en s'inspirant des tendances simplistes manifestées instinctivement par la pratique. Plus délicate est encore cette objection que la publication avec un délai court de suspension établirait entre les créanciers une inégalité choquante, car les créanciers éloignés peuvent être ainsi dans une infériorité marquée. Sans doute, on allègue qu'il leur reste toujours la ressource des actions en nullité des art. 447 Com. et 1167 Civ. ; mais, cette protection existe pour tous ; si elle suffit pour les uns, pourquoi ne suffirait-elle pas pour les autres ? D'autre part, il est évident que la mesure proposée sort du droit commun et que le danger auquel elle veut parer est le plus souvent imputable à l'imprudence de ceux qui en sont les victimes ; c'est aux intéressés à se protéger eux-mêmes en s'assurant au besoin des garanties spéciales.

Cependant, nous serions disposés à passer condamnation sur tous ces points devant les manifestations des aspirations du monde commercial ; il semble que l'on se trouve en présence d'un danger ici plus redoutable puisque la pratique elle-même a instinctivement imaginé des moyens spéciaux pour le combattre. Mais

alors, nous nous déclarons arrêtés par la plus forte objection qui puisse être encore faite à la proposition signalée : son insuffisance.

La vente devra être publiée, dit-on ; supposons qu'elle le soit effectivement ; les créanciers auront le droit de faire leurs oppositions sur le prix, mais quel prix ? Celui que les parties déclareront ? Mais qui les empêche d'en dissimuler une notable partie ? Dira-t-on que les créanciers auront le droit de rétablir le juste prix ? On a fait remarquer avec raison que, si l'administration de l'Enregistrement, malgré les moyens dont elle dispose, est souvent impuissante à déjouer les fraudes, les créanciers le seront encore plus (1). D'autre part, comment entendre la nécessité de la publication ? Dira-t-on qu'elle est seulement prescrite pour la cession en bloc des éléments qui forment un fonds de commerce ? Mais alors, il devient facile, comme le faisait remarquer la Chambre de Commerce de Nantes, d'é luder la loi : le négociant peu scrupuleux, celui précisément contre lequel la réforme est utile, doublera son fonds, vendra partiellement son matériel, son lot de marchandises, etc. On l'a bien compris, et ceux qui s'efforcent de présenter une réforme plus détaillée pensent combler cette lacune en restreignant encore le champ des aliénations occultes. Par exemple, M. Lèbre, dans son projet, soumet aux formalités non seulement la vente du fonds *in globo* mais l'aliénation isolée de chacun des éléments constitutifs : achalandage, enseigne, droit au bail, ensemble des marchandises, totalité

(1) Muscat, *op. et loc. cit.*, v. par exemple sur ces dissimulations de prix dans les cessions de portefeuilles d'assurances : Rossy, *op. cit.*, p. 300 et note 1.

du matériel ; au contraire, la vente d'un lot de marchandises ou d'une partie du matériel ne serait pas soumise aux mêmes formalités (1). Cependant, on a quelque peu le droit de se demander si les prescriptions imposées ne deviennent pas alors trop minutieuses et si, somme toute, elles parent effectivement au danger.

Il faut avouer qu'il est toujours impossible de remédier complètement à la fraude sans cesse ingénieuse, et que si l'on veut réduire son champ d'application au minimum, on risquera de tomber dans des restrictions trop tracassières ou d'élargir immensément la portée de la réforme ; du reste, dans les essais des praticiens la tendance est manifeste, puisque, dans les projets élaborés pour les cessions de fonds de commerce, on a souvent englobé une réforme très étendue de la législation commerciale et même de la législation civile. Evidemment, il faut se contenter d'un remède simple et largement appliqué, en acceptant par nécessité une inévitable imperfection.

La question que nous discutons est délicate, et sa solution ne va pas sans des difficultés qui nécessitent un examen approfondi. Il nous semble que de la réforme proposée il ne faudrait retenir principalement que l'organisation d'une publicité pour les cessions de fonds de commerce. On pourra s'inspirer, à ce point de vue, de l'exemple fourni dans plusieurs législations étrangères par l'institution des registres de commerce. Nécessairement, la publicité ne pourra pas être complète : d'une part, la nécessité de garder une certaine discrétion dans les affaires, d'autre part, l'impossibilité de ré-

(1) Lèbre, *op. cit.*, p. 183 et note 1 ; Muscat, *op. et loc. cit.*

glementer tous les actes fragmentaires d'aliénation d'un fonds de commerce sous peine de gêner les transactions, imposeront de s'en tenir à une réglementation plus générale et plus large. On pourrait cependant l'organiser pour les actes ordinaires de cession de fonds de commerce, lesquels ne seraient pas dès lors opposables aux tiers tant qu'ils n'auraient pas fait l'objet de la publicité requise. Faudrait-il imposer aussi, suivant l'usage signalé, une suspension du paiement du prix pendant un délai limité ? Nous ne le pensons pas, il nous semble qu'il est préférable de laisser aux créanciers les garanties du droit commun affermies par une publicité obligatoire, et d'éviter des complications qui souvent n'arrivent pas au résultat poursuivi. Même ainsi réduite dans ses effets, la publicité des cessions de fonds de commerce aurait des avantages évidents : le crédit serait mieux assuré, les transmissions successives du même fonds par le même cédant seraient empêchées, les créanciers ne pourraient se voir opposer des aliénations occultes souvent frauduleuses.

Sans doute, l'organisation de cette publicité soulève beaucoup d'embarras ; cependant, il semble que les aspirations de la pratique commerciale imposent au législateur d'examiner attentivement la question ; on est déjà entré dans cette voie en organisant une publicité pour les nantissements de fonds de commerce ; il est regrettable qu'on n'ait pas élargi la réforme ; cependant, on a, à cette occasion, comme nous l'avons dit, fait des vœux pour une réforme plus étendue, notamment pour une réglementation spéciale des cessions de fonds de commerce ; à ces vœux nous nous associons pleinement.

CHAPITRE V

DE LA GARANTIE DES DROITS DU CÉDANT DANS LES CESSIONS DE FONDS DE COMMERCE

La cession d'un fonds de commerce crée des droits au profit du cédant, il importe de déterminer comment ces droits sont protégés et garantis. Or, le cédant joue dans l'ensemble le rôle d'un vendeur ; s'il est, à ce titre, tenu des obligations imposées en général au vendeur, il en a aussi les droits et les garanties qui les sauvegardent. Nous aurons donc, d'après ces principes, à définir les droits que normalement le cédant tire de la cession et les moyens par lesquels ces droits sont protégés. Seulement, les règles de la faillite viennent apporter à ces garanties du cédant d'importantes restrictions, il nous faudra les déterminer spécialement à cause de leur intérêt pratique. Une fois ainsi déterminée dans ses traits principaux la condition faite au cédant du fonds de commerce, nous pourrons nous demander s'il ne conviendrait pas d'en modifier à certains points de vue la réglementation. Telles sont les grandes lignes de la question qu'il nous faut maintenant aborder.

Section première. — Droits généraux du cédant d'un fonds de commerce.

La cession d'un fonds de commerce met généralement à la charge du cessionnaire des obligations diverses ; les deux principales, les plus communes dans les cessions de ce genre, sont celles de prendre livraison et de payer le prix. Au sujet de la première, nous ne ferons que rappeler qu'elle est soumise aux principes généraux de la vente ; il en est sans doute ainsi de la seconde, mais, elle est beaucoup plus caractéristique, et il convient d'en étudier distinctement les effets ou plutôt les droits corrélatifs qu'elle donne au cédant.

En principe donc, le cessionnaire du fonds est tenu de payer le prix convenu. Cette dette du prix peut se présenter sous des aspects différents, elle peut être immédiatement exigible ou à échéance différée. En fait, il arrive le plus souvent que la dette est, pour partie au moins, à terme ; dans l'usage, une partie du prix est immédiatement soldée au comptant, le reste est payable plus tard soit à échéance unique, soit à échéances échelonnées. Cette portion du prix stipulée à terme est assez usuellement réglée en billets causés *valeur en fonds de commerce* ; il est reconnu d'ailleurs que ce n'est là qu'un mode de paiement qui n'entraîne aucunement novation de la créance du prix (1).

Si l'on veut appliquer à la cession d'un fonds de commerce les principes qui régissent, en général, toute

(1) Lèbre, nos 121 et 170 ; Pelissier, *op. cit.*, n° 48.

vente, on devra reconnaître au cédant les droits que la loi reconnaît d'ordinaire à tout vendeur. A ce sujet, une remarque est nécessaire. Nous avons dit précédemment que, dans la notion usuelle, les fonds de commerce se rangeaient, en général, dans la classe des meubles ; c'est à cette notion que nous devons ici nous attacher ; si des immeubles dépendant d'une exploitation commerciale sont compris dans une cession de fonds de commerce, on suivra, quant aux effets de leur transmission, les règles ordinaires touchant cette catégorie de biens, celles notamment qui déterminent les droits du vendeur d'immeubles. Les cessions de fonds de commerce proprement dits, selon l'expression la plus commune, sont des transmissions mobilières, mais, à cause de la forme et de la nature spéciales de leur objet, il importe d'envisager distinctement leurs effets. Une vente mobilière donne en général au vendeur certaines garanties : droit de rétention, droit de revendication mobilière, droit de résolution, privilège. Comment fonctionnent ces garanties pour le cédant d'un fonds de commerce ? n'y a-t-il pas des règles spéciales relatives à la déchéance du terme ?

I. — *Droits de rétention et de revendication mobilière.*

S'il n'y a pas de délai pour le paiement, le cédant peut retenir le fonds jusqu'au paiement, selon l'art. 1612 Civ. Si, en supposant toujours une dette immédiatement exigible, le cédant s'est dessaisi, il pourra reprendre le fonds sous les conditions rigoureuses de l'art. 2162 4° § 2 : il faut que le fonds revendiqué soit

encore en la possession de l'acheteur, que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison, que le fonds se trouve dans le même état dans lequel la livraison a été faite (1). Nous n'insistons pas sur ces points dont les applications pratiques sont peu saillantes et qui, en tout cas, sont facilement réglés d'après les principes généraux.

II. — *Droit de résolution.*

Le cédant, envers lequel le cessionnaire n'exécute pas régulièrement ses obligations, peut, suivant toujours les principes généraux, demander la résolution de la cession avec tout ce qu'elle entraîne, notamment la résiliation du bail cédé accessoirement au fonds (2).

Des difficultés peuvent s'élever au sujet du fonctionnement de cette résolution. La résolution doit ramener le fonds cédé dans le patrimoine du cédant, il faut donc supposer que le fonds a gardé une individualité suffisante. Cela peut rendre très délicate la question de savoir si la résolution est de ce fait possible, surtout lorsqu'un temps assez long s'est écoulé depuis la cession (3). Lorsque la demande en résolution est exercée, il arrivera souvent que le fonds de commerce ne se trouvera plus dans l'état où il se trouvait lors de la cession, no-

(1) Lèbre, *op. cit.*, n° 128; cf. Rossy, *op. cit.*, p. 289 et n° 177-183.

(2) Lèbre, *op. cit.*, n° 129; trib. civ. Corbeil, 15 juin 1883; Cass., 24 déc. 1889. S. 91, 1, 455; Nancy, 10 nov. 1897, *Gaz. Pal.*, 97, 2, 684; cf. Rossy, pp. 289 et s.

(3) V. par exemple, sur les difficultés que peut soulever la résolution d'une cession de portefeuille d'assurances, les affaires *Centrale-Réparation* et *Réparation-Progress national*, Rossy, pp. 176-193; 290 et notes; Paris, 19 mars 1886. S. 90, 1, 391; Cass., 6 juillet 1887. D. P., 87, 1, 319.

tamment que le stock de marchandises sera complètement renouvelé. Faudra-t-il, malgré ces modifications, reconnaître l'identité du fonds et en permettre la reprise? Voici ce que dit, à ce sujet, un arrêt de la Cour de Nancy du 10 novembre 1897 (1) : « La résolution de la vente d'un fonds porte sur le fonds tel qu'il existait au moment où la résolution a été introduite, c'est-à-dire aussi bien sur l'achalandage que sur le matériel et les marchandises *y compris celles qui ne provenaient pas du vendeur*. » « Il est, dit l'arrêt, absolument juridique d'admettre qu'un fonds de commerce constitue un *tout indivisible* dans lequel viennent se fondre et s'unir les marchandises achetées ultérieurement pour remplacer celles qui ont été vendues ». L'arrêt, on le voit, applique la notion du fonds envisagé *ut universitas*. On a critiqué cette solution comme contraire à l'équité et comme dérivant d'un point de départ erroné, à savoir la doctrine de l'indivisibilité juridique du fonds de commerce (2). D'autres l'ont, au contraire, approuvée par les raisons contraires. « Cette solution, a-t-on dit, qui peut tout d'abord paraître choquante se justifie lorsqu'on réfléchit qu'un fonds de commerce forme un tout, une *universitas juris*. Il est d'ailleurs conforme à l'intention des parties de décider que les marchandises nouvelles que l'acheteur s'est procurées remplaceront celles qui existaient au moment de la vente et qui ont été vendues à des tiers (3) ». Il nous semble, en effet, qu'à ce point de vue l'idée d'universalité est justifiée et conforme à la nature des choses ainsi

(1) *Gaz. Pal.*, 97, 2, 684.

(2) Note dans *Ann. de dr. com.*, 98, B. j., pp. 86 et 87.

(3) Note sous *Ann. de dr. com.*, 98, B. j., p. 97.

qu'à l'intention des parties ; du reste, c'est là un point sur lequel nous aurons à revenir. Il est certain qu'il pourra être difficile de reconnaître l'identité d'un fonds lorsqu'il a subi des modifications diverses dans ses éléments constitutifs ; c'est en s'inspirant des circonstances que l'on devra résoudre la difficulté.

Des difficultés d'un autre genre peuvent s'élever au cas où le même fonds a fait l'objet de cessions successives. Si, au moment où la demande en résolution est introduite, le fonds se trouve dans les mains d'un sous-cessionnaire, la résolution pourra-t-elle s'exercer à son encontre ? En principe, les résolutions opèrent *in rem* et doivent remettre les choses en l'état où elles se trouvaient primitivement (art. 1483 Civ.) : la chose reprise est censée n'avoir jamais été dans les mains de l'acheteur, et ceux qui la tenaient de ce dernier verront leurs droits s'évanouir parce qu'il n'a pu leur faire acquérir plus de droits qu'il n'en avait lui-même.

Cependant, dans notre espèce, la poursuite du cédant pourra se heurter à certains moyens de défense des sous-acquéreurs, notamment, puisque nous supposons une cession d'objets meubles, à l'exception tirée de l'art. 2279 Civ. Nous retrouvons ici la question déjà plusieurs fois signalée, à savoir si l'art. 2279 est applicable aux cessions de fonds de commerce. Elle est, nous l'avons dit, assez délicate à résoudre. M. Lèbre, qui pose cependant en principe la nature incorporelle du fonds de commerce, nous dit : « la résolution de la vente d'un fonds, chose mobilière, ne peut être poursuivie contre un tiers possesseur de bonne foi (1) ». Il

(1) Lèbre, p. 451, n° 429, qui cite en ce sens : trib. com. Seine, 29 oct. 1856 et Paris, 28 avril 1858, J. trib. com., t. VII, 354 ; cf. *id.*, *op. cit.*, n° 74.

y a là, croyons-nous, une contradiction. Un jugement récent du tribunal de commerce de la Seine, dans une espèce de ce genre, dit que le sous-acquéreur est couvert par la règle de l'art. 2279 Civ. ; si cette solution peut s'expliquer par cette considération que l'on reconnaissait dans l'espèce au fonds le caractère d'un meuble corporel, elle ne devrait pas, comme on l'a dit, être généralisée, parce que, en principe, le fonds de commerce est un meuble incorporel pour lequel l'article 2279 ne doit pas s'appliquer (1). La question ne paraît pas s'être souvent posée dans la pratique. Cependant, nous pouvons citer un cas assez curieux où une question analogue a été soulevée à propos d'une cession de portefeuille d'assurances : une compagnie a cédé son portefeuille de province, la compagnie cessionnaire l'a, à son tour, passé à une autre compagnie ; la première cession, imparfaitement exécutée, est annulée ; la compagnie première cédante pourra-t-elle poursuivre la compagnie sous-cessionnaire et revendiquer contre elle son portefeuille ? Il semble bien que l'art. 2279 Civ. ne devrait pas trouver ici son application, un portefeuille d'assurances constituant incontestablement un « meuble incorporel (2) ». Cependant, dans certaines décisions relatives à cette espèce, on trouve indirectement exprimée cette idée que l'article 2279 Civ. pourrait être invoqué contre l'action de la compagnie première cédante (3). Cette solution nous

(1) Com., Seine, 21 déc. 1895, J. trib. com., 1897, n° 43692, p. 459 ; La Loi du 14 janvier 1896, *Ann. de dr. com.*, 96. B. j., p. 181.

(2) Rossey, *op. cit.*, pp. 192 et 290.

(3) Amiens, 24 déc. 1891. D. P. 92, 2, 423 ; Cass. civ., 4 août 1891. D. P., 92, 1, 459 ; Cass. req., 13 juin 1893. D. P., 93, 4, 524.

paraît fort critiquable, il nous semble, qu'en matière de meubles incorporels, tels que se présenteront en général les fonds de commerce, la résolution peut atteindre un sous-cessionnaire.

III. — *Privilège du cédant.*

C'est la plus importante des garanties données au cédant, il nous faut donc y insister.

Le cédant du fonds de commerce a-t-il réellement un privilège pour sa créance du prix ?

Son existence est admise aujourd'hui sans conteste ; on s'accorde à reconnaître que l'art. 2102 4^e Civ. s'applique à tous les meubles, aussi bien pour les objets incorporels que pour les objets corporels ; on admet couramment le privilège pour le cédant d'un office ministériel, on ne le reconnaît pas moins pour le cédant d'un fonds de commerce (1).

Mais, comment fonctionne ce privilège ?

Tant que le fonds est entre les mains du cessionnaire, s'il est saisi à la requête du cédant ou d'autres créanciers, le cédant invoquera sur le prix son droit

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, n^o 261, p. 153 ; Vigié, *op. cit.*, t. III, n^o 1297 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement, des priv. et hyp.*, t. I, n^o 489 ; Guillouard, *Des priv. et hyp.*, t. I, n^o 386 ; Dal. Sup. Rép., v^o *Priv. et hyp.*, n^o 163 ; Lèbre, *op. cit.*, n^o 169, p. 217 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n^o 250 et note ; Paris, 8 fév. 1834. S. 34, 2, 87 ; 1^{er} déc. 1834. S. 33, 2, 80 ; Cass. req., 2 janvier 1838. S. 38, 1, 159 ; Paris, 4 déc. 1871. D. P., 74, 2, 240 ; Paris, 11 juin 1872. S. 73, 2, 164 ; Paris, 23 juillet 1882. D. P., 83, 2, 215 ; Riom, 20 mars 1879. S. 80, 2, 193 et note. D. P., 80, 2, 4 ; trib. civ. Seine, 9 déc. 1896. J. trib. com., 1897, n^o 13946, pp. 833 et s. ; *Ann. de dr. comm.*, 97, B. j., pp. 103 et s. ; — *Contrà* : Paris, 26 nov. 1833. S. 33, 2, 594.

de préférence. Il faut, pour qu'il en soit ainsi, que l'identité du fonds soit établie. Les difficultés que nous avons signalées pour l'action en résolution vont se retrouver ici. On peut, ici encore, faire appel à la notion d'universalité. C'est l'idée qu'applique, par exemple, un arrêt de la Cour de Riom du 20 mars 1879, en disant que le fonds de commerce constitue « une universalité indépendante de la mutation plus ou moins étendue de ses éléments matériels » ; selon cet arrêt, « cet ensemble continue d'exister par cela seul que le siège n'a pas été déplacé » ; peu importe que les marchandises aient été renouvelées ; « si ces marchandises essentiellement fongibles par leur nature ont été successivement renouvelées pour les besoins du fonds de commerce dont elles dépendaient, elles n'en ont pas moins continué à représenter avec le fonds de commerce auquel elles étaient jointes l'ensemble de la chose vendue et sont par suite restées soumises au privilège de l'art. 2102 4° » (1). Il ne sera pas toujours commode de déterminer l'effet des modifications apportées aux choses composant un fonds de commerce quant au sort du privilège du cédant ; faudra-t-il exclure du privilège les objets qui ont subi ces changements ? ou bien décidera-t-on que, l'ensemble n'ayant point changé, les modifications des choses particulières sont indifférentes ? Tous ces points peuvent être douteux et donner lieu à des solutions diverses (2).

(1) Riom, 20 mars 1879 précité ; Rouen, 18 avril 1868. S. 69, 2, 18 ; cf. Paris, 30 juin 1855. S. 56, 2, 414 ; Req., 2 janv. 1838. Dal. Rép., v° *Priv. et hyp.*, nos 338 et 356.

(2) Cf. Paris, 26 nov. 1833. Dal. Rép., v° *Priv. et hyp.*, nos 335 et 357 : Il suffit que les meubles et ustensiles faisant partie de la vente d'un fonds de commerce (en l'espèce un café), aient été remplacés en partie et réparés, pour que le privilège du vendeur ne puisse

Nous pensons, comme nous l'avons déjà dit sur l'action en résolution, qu'il faut décider ces questions en s'aidant des circonstances des diverses espèces : l'identité d'un fonds de commerce se déterminera d'après ses éléments principaux ; les modifications particulières qui peuvent survenir, comme le renouvellement des marchandises, n'altèrent pas en principe le caractère de l'ensemble qui continuera à être soumis au privilège.

Supposons que l'identité du fonds soit reconnaissable, à quelles conditions le cédant conservera-t-il son privilège ?

L'art. 2102, 4^o Civ. pose, comme condition du privilège du vendeur d'effets mobiliers en général, que les objets vendus soient encore « en la possession du débiteur ». En doctrine, il y a eu beaucoup de discussions pour délimiter la portée de ce privilège. Faut-il rattacher la règle de l'art. 2102, 4^o Civ. à la maxime de l'art. 2279 ? La question peut présenter divers intérêts.

Supposons d'abord que l'objet mobilier, en l'espèce le fonds de commerce, ait été revendu par l'acquéreur mais soit encore en sa possession. Le cédant peut-il le frapper du privilège ? Oui, disent certains auteurs, parce que le privilège ne s'exerce pas ici contre un tiers acquéreur de bonne foi (1). Dans une autre opinion qui nous paraît plus exacte, on rejettera en principe le privilège pour cette hypothèse : « Lorsque l'acheteur a

plus s'exercer sur ces objets ; Rouen, 7 août 1841, Dal. Rép., eod. v^o nos 354 et 356 : jugé que le privilège de l'art 2102, 4^o peut être réclamé par le vendeur d'un brevet d'imprimerie avec fonds et achalandage, sauf à limiter l'exercice aux objets mobiliers dont l'identité avec ceux antérieurement vendus serait constatée.

(1) Demante et Colmet de Santerre, t. IX, pp. 56 et s. ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, n^o 495 ; Guillouard, t. I, n^o 173.

revendu à un tiers de bonne foi les objets qui lui sont acquis, le fait même de la revente, quoique non encore suivie de tradition réelle, empêche le vendeur primitif de frapper ces objets de saisie au préjudice du second acheteur (1) ».

Supposons maintenant que le fonds de commerce ait été vendu et livré à un sous-acquéreur. L'art 2102 4°, semble indiquer clairement le résultat d'une telle revente, puisqu'il exige que les objets vendus soient restés en la possession du débiteur. Si donc, par une revente pleinement réalisée, le fonds de commerce est sorti du patrimoine du premier cessionnaire, il semble que le privilège du premier cédant ne peut plus atteindre ce fonds. C'est, en effet, ce qui est généralement admis et appliqué (2).

Cependant, on a soulevé parfois une difficulté spéciale. Si l'on voulait subordonner rigoureusement l'art 2102 4° Civ. à l'art. 2279, on dirait que le sous-acquéreur du fonds de commerce vendu ne pourra se défendre contre le privilège du premier cédant que s'il est en état d'invoquer à son profit la maxime : en fait de meubles, possession vaut titre ; que, par conséquent, si on peut reconnaître au fonds de commerce considéré la qualité de meuble incorporel, l'art. 2279 ne trouvant plus d'application, le privilège vaut contre le sous-cessionnaire. C'est ce qu'a voulu poser M. Thaller (3) : « En matière de vente de meubles incorporels, tels qu'un

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 253, n° 261, et note 62 ; Vigie, *op. cit.*, t. III, p. 671.

(2) Lèbre, *op. cit.*, n° 169 ; Rossy, *op. cit.*, pp. 291 et 292 ; trib. com. Seine, 9 décembre 1896 précité ; trib. civ. Seine, 15 fév. 1897, *la Loi*, n° du 2 mars 1897.

(3) *Ann. de Dr. Com.* 97., B. j., p. 104.

fonds de commerce, le privilège du vendeur doit disposer du droit de suite, bien que l'art. 2102 pris à la lettre dise le contraire ». Mais, cette opinion nous semble inconciliable avec le texte formel de l'art 2102. 4^e Civ. qui ne suppose aucune distinction de ce genre (1).

Aussi bien, comme nous l'avons dit, reconnaît-on généralement que le privilège du cédant de fonds de commerce n'emporte pas droit de suite, alors même que l'on reconnaisse au fonds le caractère de meuble incorporel. Telle est d'ailleurs la solution consacrée en matière de *cessions d'offices ministériels* (2).

Laissant donc de côté des discussions théoriques qui, d'ailleurs, ont une portée très générale, nous nous attacherons à montrer comment on règle en pratique l'application du privilège du cédant d'un fonds de commerce.

Si le fonds a été revendu par le premier cessionnaire, le privilège du cédant, dépouillé du droit de suite, ne pourra plus l'atteindre ; mais, le droit de préférence, dont le privilège reste muni, pourra s'exercer sur le prix de la sous-cession, s'il est encore dû. C'est là un point conforme à la règle généralement acceptée sur le privilège du vendeur d'effets mobiliers (3). D'ailleurs, la forme de la revente est indifférente ; peu importe qu'il s'agisse d'une vente faite dans les formes de la vente

(1) Cf. en ce sens : Rossy, p. 292 et note 14 ; cf. trib. civ. Seine, 9 déc. 1896, précité.

(2) V. Leménager, *Etude sur la cession à titre onéreux des offices ministériels*, thèse Paris, 1897, p. 181.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, n° 261, p. 155, note 63 ; Guillouard, *op. cit.*, t. I, n° 392 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IX, pp. 56 et s.

judiciaire ou d'une vente purement amiable et volontaire (1). Ces principes ont reçu de fréquentes applications en matière de cessions d'offices ministériels, mais ce sont les mêmes notions qu'il faut appliquer aux cessions de fonds de commerce qui, par certains rapports, se rapprochent beaucoup des premières.

Si le privilège du cédant peut s'exercer sur le prix de la sous-cession, il faut évidemment supposer pour cela que ce prix est disponible. Ce privilège resterait sans application possible, si le second cessionnaire, en l'absence de toute opposition, avait régulièrement payé son prix au premier, ou si celui-ci en avait disposé sans fraude par voie de transport ou autrement de telle sorte que ce tiers possesseur fût valablement nanti de ce prix (2).

En pratique, il y a souvent un règlement du prix au profit des créanciers du second cédant; nous avons signalé la pratique des oppositions, le premier cédant fera alors valoir, par une opposition, son privilège.

Voici une application particulière de cette idée que le prix de la sous-cession représente le fonds déjà cédé une première fois et peut de ce chef être affecté au privilège du premier cédant. Un fonds de commerce a été cédé avec le droit au bail des lieux où il s'exploite. L'immeuble est, dans la suite, exproprié pour cause d'utilité publique et une indemnité allouée au négociant locataire. On a, avec raison, décidé que cette indemnité

(1) Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*; Dal. Sup. Rép., v^o *Priv. et hyp.*, n^o 164.

(2) V. sur les applications en matière de cessions d'offices ministériels : Aubry et Rau, *op. cit.*, n^o 264, p. 157; Leménager, *op. cit.*, p. 189.

représentait en partie la dépréciation du fonds de commerce et la perte du droit au bail, que, par conséquent, une fois déterminée par une ventilation la part représentative de la détérioration du fonds, le cédant peut se faire colloquer par privilège sur cette part d'indemnité représentant, « partie de la chose vendue non payée et encore en possession du débiteur au moment de l'expropriation » (1).

Que décider au cas de transmissions successives d'un même fonds; le privilège s'étend-il au prix des reventes ultérieures?

La question s'est très souvent posée pour les cessions d'offices ministériels, elle est généralement résolue par la négative. Il faudrait que le privilège emporte droit de suite pour atteindre la créance de prix qui appartient, non plus au premier cessionnaire débiteur direct du cédant, mais à un sous-cessionnaire ultérieur (2). La jurisprudence s'était d'abord prononcée en faveur de l'exercice du privilège sur le prix des cessions ultérieures (3). Mais, elle n'a pas tardé à abandonner cette solution et aujourd'hui adopte généralement l'opinion contraire (4).

Ce sont ces principes, évidemment très juridiques, qu'il convient d'appliquer, *mutatis mutandis*, aux cessions successives de fonds de commerce. C'est ce que dit expressément un jugement récent du tribunal civil

(1) Paris, 11 juin 1872. S. 72, 2, 164; Dal. Sup. Rép., v° *Priv. et hyp.*, n° 168; Guillouard, *op. cit.*, n° 401; Lèbre, *op. cit.*, n° 173.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, n° 261, p. 157 et note 68; Guillouard, *op. cit.*, n° 392, Leménager, *op. cit.*, p. 189.

(3) V. arrêts cités au Dal. Rép., v° *Office*, n° 324.

(4) V. arrêts cités au Dal. Rép., v° *Office*, n° 325; Cass. civ., 8 avril 1860. D. P., 60, 1, 377; Dal. Sup. Rép., v° *Priv. et hyp.*, n° 170.

de la Seine, à propos d'un fonds de commerce transmis successivement à trois acquéreurs ; le privilège ne peut s'exercer que sur le prix « de la revente consentie par le successeur immédiat et non point sur le prix des reventes ultérieures » (1).

IV. *De la déchéance du terme accordé au cessionnaire.*

Le privilège du cédant est, on le conçoit, rendu bien fragile par la possibilité d'une revente du fonds, surtout si l'on suppose qu'au moment où intervient la revente, le privilège n'est pas en état d'être exercé, parce que la créance du cédant est à terme. On comprend donc que l'on ait cherché, en vue de ce cas, à donner au cédant une protection plus efficace. C'est ce qui explique l'emploi fréquent de clauses expresses relatives à la déchéance du terme en cas de revente ; mais, on s'est aussi demandé s'il ne fallait pas admettre de plein droit un pareil effet. Il nous faut dire quelques mots sur ce point d'intérêt pratique.

Dans l'usage, les *clauses de déchéance du bénéfice du terme* contre le cessionnaire du fonds de commerce sont assez fréquentes : telle la clause que, en cas de protêt faute de paiement d'un des billets soucrits pour l'acquit du prix, toutes les sommes restant dues deviendront exigibles. Une clause d'un autre genre que l'on rencontre aussi est celle d'après laquelle, en cas de revente du fonds, le prix dû deviendra immédia-

(1) Trib. civ., Seine, 15 fév. 1897 précité ; cf. trib. civ., Seine, 9 déc. 1896 précité ; Guillouard, *op. et loc. cit.*, Lèbre, n° 171 ; Rossy, *op. cit.*, p. 292 ; *Contra* : Thaller, note dans *An. de Dr. Com.* 1897 précitée.

ment exigible. Des difficultés peuvent s'élever sur la portée d'une pareille clause ; quels sont les actes qui en déterminent l'application ? devra-t-elle s'exécuter si le fonds vendu à une société est dans la suite abandonné à l'un des associés, s'il est échangé contre un autre ou touché par une expropriation pour cause d'utilité publique ? toutes questions qui devront se régler d'après les formes de la clause et l'intention apparente ou présumée des parties contractantes (1).

Mais, faut-il admettre de plein droit la déchéance du terme au cas de revente ? L'art. 1188 Civ. nous dit : « Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier ». Le cas où le cessionnaire du fonds est mis en faillite ne souffre pas de difficultés ; mais, en mettant ce cas à part, faut-il considérer la revente elle-même comme une diminution des garanties promises entraînant déchéance du terme ?

La solution de cette question est assez indécise, comme le montrent du moins certaines décisions de jurisprudence. Quelques-unes ont admis la déchéance de plein droit (2). D'autres décisions, au contraire, se refusent à appliquer la déchéance lorsqu'on n'est pas strictement dans les conditions de l'art. 1188 Civ.

(1) Lèbre, nos 138 et s. ; cf. Trib. com. Seine, 7 sept. 1866, et Paris, 29 mai 1867. J. trib. comm., t. VII, 275 ; trib. civ. Seine, 17 mai 1867, J. trib. com., t. XVI, 494 ; Paris, 14 sept. 1871, J. trib. com., t. XX, 388.

(2) V. notamment : Nîmes, 19 mars 1851, S. 53, 1, 614 ; Rouen, 18 avril 1868. S. 69, 2, 18 et note ; cf. Lèbre, *op. cit.*, n° 133 et nos 136 et s.

Ainsi, un arrêt de la Cour de Paris du 16 mai 1849 (1) dit que le privilège de l'art. 2102 4^o Civ. ne doit s'appliquer que « si le vendeur du fonds de commerce étant en présence d'autres créanciers est en danger de perdre le prix, non s'il est seulement en présence de l'acheteur ». A l'appui de ce dernier système, on peut invoquer que les déchéances sont de droit étroit et ne peuvent être élargies (2). On trouve, sur la même question, des solutions intermédiaires, notamment celle proposée par M. Guillouard (3) : les fonds de commerce, dit-il, sont, avec les offices, les meubles les plus importants ; alors, « de même que pour le cédant d'un office ministériel et pour les mêmes raisons, il faut reconnaître au vendeur d'un fonds de commerce le droit de former opposition en cas de revente même pour les sommes non encore exigibles dues par l'acquéreur. On objecte que l'acheteur ne peut être l'objet d'aucune poursuite avant l'échéance du terme. Mais, répond M. Guillouard, ici « l'opposition ou saisie-arrêt est une mesure conservatoire nécessaire, sans quoi le privilège du vendeur périra » ; sans poser que la revente rend le prix exigible, il faut permettre au cédant de fonds de commerce, dont la revente menace si fortement les garanties, de faire une opposition ou saisie-arrêt conservatoire. C'est, d'ailleurs, l'idée à laquelle on paraît se rallier pour le cas de cession d'offices (4). Il

(1) S. 49, 2, 407 et D. P., 49, 2, 191 ; cf. sur ce système : Lèbre, *op. cit.*, n^o 133, p. 157.

(2) V. en ce sens : Rossey, *op. cit.*, p. 295.

(3) Guillouard, *op. cit.*, n^{os} 393 et 400.

(4) Aubry et Rau, *op. cit.*, n^o 261, p. 156 et décisions citées à la note 65.

nous semble que l'on pourrait aussi l'adopter pour les cessions de fonds de commerce (1).

Du reste, il faut reconnaître que souvent les conditions dans lesquelles se présentera la revente, notamment quand il y aura des oppositions de plusieurs créanciers sur le prix, révéleront un état d'insolvabilité suffisant pour que l'on puisse invoquer l'art. 1188 Civ.

Nous avons ainsi déterminé, dans leur ensemble, les divers droits que le cédant d'un fonds de commerce tire normalement de la cession. On a déjà pu apercevoir que ces garanties, notamment le privilège, étaient assez incertaines et assez difficilement maniables. Nous allons voir maintenant les restrictions très rigoureuses que la faillite du cessionnaire vient apporter à ces droits du cédant.

Section II. — Influence de la faillite du cessionnaire du fonds de commerce sur les droits du cédant.

§ I. — Régime ordinaire auquel sont soumis les droits du cédant en cas de faillite du cessionnaire.

On sait que, dans l'intérêt général du crédit, notre Code de Commerce s'est efforcé de faire de la faillite un régime autant que possible égalitaire, que, notamment, il a, dans ce but, considérablement restreint les droits du vendeur de meubles. Voici, en effet, ce que porte l'art. 550 C. Com. *in fine* introduit par la loi du 28 mai 1838 : » Le privilège et le droit de revendication, établis par le n° 4 de l'art. 2102 du C. Civ. au profit du

(1) *Contrà* : Paris, 26 mai 1849, précité ; Lèbre, *op. cit.*, n° 134.

vendeur d'effets mobiliers, ne peuvent être exercés contre la faillite ». Ce texte doit-il s'appliquer pour les fonds de commerce ? La chose ne peut faire de doute, étant données les conditions dans lesquelles fut élaboré l'art. 550.

Avant la consécration de cette disposition, la jurisprudence était fort divisée pour ce qui touche les cessions de fonds de commerce (1). Cependant, elle tendait à assurer au profit du vendeur du fonds non payé le privilège et la revendication contre la faillite (2). Il en était généralement de même pour l'action en résolution donnée au cédant du fonds de commerce (3).

Le législateur de 1838 a voulu, en restreignant les droits du vendeur de meubles, couper court aux difficultés soulevées jusque là, et empêcher que le crédit commercial ne soit ébranlé « par ces *réserves occultes* conservées au profit du vendeur à l'insu et au préjudice de ceux qui, postérieurement à la vente, avaient traité avec l'acheteur, en le croyant propriétaire de la chose dont on le voyait en possession et qu'il possédait à juste titre de propriétaire (4) ».

Ce que la discussion de l'art. 550 offre pour nous de particulièrement intéressant, c'est que l'on y a formellement soulevé la question de savoir s'il fallait comprendre dans la législation nouvelle les cessions de

(1) Renouard, *Traité des faillites et des banqueroutes*, t. II, 1842, pp. 305 et s.

(2) Paris, 1^{er} déc. 1834. S. 35, 2, 80 ; Cass. req., 2 janvier 1838. S. 38, 1, 159. D. P., 38, 1, 64 et autorités citées ; Paris, 5 avril 1838. Dal. Rép., v^o et *loc. cit.* ; Dal. Rép., v^o *Priv. et hyp.*, n^o 379-4^o.

(3) Renouard, *op. cit.*, p. 307 ; Dal. Rép., v^o *Vente*, n^o 1236.

(4) Renouard, *op. cit.*, p. 305 ; cf. Thaller, *Traité*, n^o 1720 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n^{os} 831 et 834.

fonds de commerce. Nous emprunterons à l'ouvrage de M. Renouard, qui intervint personnellement dans cette discussion, les renseignements qu'il nous paraît utile de signaler (1).

Dans la première discussion à la Chambre des députés (séance du 20 février 1835), un député, M. Oger, avait proposé un paragraphe additionnel à l'art. 550 ainsi conçu : « Néanmoins, lorsqu'il s'agira de la vente d'un fonds de commerce, de la cession d'un office ou de tout autre droit incorporel, les privilège et droit de revendication pourront s'exercer si, dans l'acte de vente, ils ont été formellement réservés au vendeur par un acte ayant date certaine avant la faillite ».

Le rapporteur repoussa l'amendement au nom de la Commission. Il posa d'abord comme principe, que « la possession d'objets mobiliers par un négociant est l'un des éléments extérieurs de solvabilité apparente par lesquels son crédit s'établit et sur la foi desquels les tiers contractent », puis il combattit directement l'amendement. Nous croyons devoir reproduire ici les termes dans lesquels M. Renouard lui-même rappelle la réponse qu'il fit à l'amendement proposé ; étant donné qu'aujourd'hui on veut ressusciter le privilège du vendeur de fonds de commerce en cas de faillite, il ne paraîtra peut être pas inutile d'indiquer les principales objections qu'on lui faisait en 1838. « La jurisprudence, disait le rapporteur en réponse à l'amendement Oger, est fort divisée en ce qui concerne les ventes de fonds de commerce ; elle tend à assurer aux vendeurs non payés un privilège pour le prix de vente ou

(1) Renouard, *op. cit.*, pp. 304-309.

un droit de revendication, et *c'est précisément contre cette tendance et contre ce privilège que l'article est surtout dirigé*. Les individus qui traitent avec un marchand ne peuvent se faire représenter les actes en vertu desquels celui-ci a acheté le fonds dont il est nanti. Vouloir que le vendeur du fonds exerce un privilège en vertu d'un *acte latent*, inconnu des tiers qui ont contracté avec son acheteur, c'est exposer à des déception la bonne foi publique. Dans le petit commerce surtout, la principale partie de l'actif consiste dans l'achalandage et dans le loyer. L'achalandage, en passant du vendeur à l'acheteur, a changé en route. Le vendeur avait certaines relations; plusieurs de ces relations ont cessé après la vente du fonds; l'acheteur en a conservé quelques-unes, s'en est créé quelques autres. Ces deux achalandages qui se sont succédé ne sont pas susceptibles de suite; le privilège qu'on veut établir porterait, la plupart du temps, sur autre chose que ce qui a été réellement vendu. Lorsque le vendeur s'est dessaisi de la chose et que l'acheteur s'en est trouvé saisi, les tiers qui ont contracté avec cet acheteur ont été induits à le considérer comme propriétaire des objets qu'ils ont vus en sa possession. Il faut signaler comme un abus des plus graves la déplorable facilité avec laquelle, dans le commerce de détail, on appelle, pour succéder à ses affaires, un homme sans consistance aucune, parce qu'on sait qu'on ne court aucun risque avec lui. C'est un abus que la jurisprudence a singulièrement encouragé en étendant le privilège que nous combattons. Pour faire cesser l'abus, il faut faire du vendeur un créancier comme les autres et l'intéresser à ne pas vendre légèrement. Si celui qui se dessaisit de ses af-

faïres est délivré de tout souci sur la solvabilité ou l'insolvabilité de celui à qui il les transmet, il lui importera fort peu de vendre à un fripon ou à un honnête homme. Que tout l'actif de la maison passe entre les mains du vendeur et alors, pour conserver les droits de ce seul créancier, vous démoraliserez le commerce, vous l'induirez tout entier en erreur, vous exposerez les tiers à des pertes certaines ».

A la suite de ces observations, l'amendement proposé fut rejeté et l'article du projet maintenu; il est, on le voit, impossible d'avoir des doutes sur le sens de ce rejet, et il est incontestable que l'art. 550 *in fine* s'applique parfaitement aux cessions de fonds de commerce (1).

La faillite met donc obstacle à l'exercice du privilège du cédant (2). Mais, il faut pour cela que, au moment où la faillite intervient, le privilège ne soit pas acquis. Par exemple, la faillite n'a été ouverte que postérieurement au règlement provisoire qui a eu lieu dans une contribution ouverte sur le prix de vente du fonds de commerce et dans lequel le cédant avait obtenu collocation par privilège. En effet, la somme mise en contribution est, par l'effet du règlement provisoire, placée en dehors de la faillite et attribuée aux créanciers produisant, et la déclaration postérieure de la faillite ne

(1) Lèbre, *op. cit.*, nos 198 et s.; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 837; Thaller, *op. cit.*, n° 1735; Dal. Rép., v° *Ind. et comm.*, n° 374; Dal. Sup. Rép., v° *Faillite*, n° 1258, et v° *Priv. et hyp.* n° 184. Cf. sur l'application de l'art 550 aux cessions d'offices ministériels : Renouard, *op. et loc. cit.*; Lyon-Caen et Renault, *op. et loc. cit.*; Leménager, *op. cit.*, pp. 186 et 187.

(2) Paris, 12 déc. 1850. D. P., 51, 2, 62; trib. comm. Seine, 12 janvier 1887, J. trib. com., 1888, p. 156.

peut donner au syndic le droit de comprendre la somme en distribution dans la répartition de l'actif (1).

On s'est demandé quelquefois si le cédant, privé du privilège du vendeur, ne pourrait pas, au moins dans une certaine mesure, invoquer le privilège du bailleur. On comprendrait évidemment que, pour les loyers payés d'avance par le cédant au bailleur des locaux où le commerce s'exploite, le cédant obtienne de ce bailleur cession ou subrogation de son privilège jusqu'à concurrence des dits loyers, s'ils étaient dus effectivement par le cessionnaire au cédant (2). Mais, en laissant à part ce point spécial, le cédant ne pourrait-il pas se présenter comme bailleur pour le prix de la cession du bail consentie à son cessionnaire, prix qui consiste effectivement dans la différence en plus entre le montant du loyer à payer par le cessionnaire et celui que devait payer le cédant ? Si l'on applique les principes généraux de la cession du bail, ce droit doit être refusé au cédant du fonds de commerce : en effet, la cession du bail, dans les rapports du cédant et du cessionnaire, est non pas une seconde location mais une véritable cession de droits mobiliers pour laquelle s'applique, non le privilège du locateur, mais celui du vendeur (3). Dès lors, l'art. 550 *in fine* doit trouver encore son application pour écarter, même dans cette mesure, un tel privilège du cédant. C'est, semble-t-il, la solution adoptée de préférence (4).

(1) Paris, 4 déc. 1856. S. 57, 2, 770 ; Paris, 25 juillet 1882, J. trib. com. 1883, v^o 10250, p. 197 et note ; cf. Lèbre, *op. cit.*, n^o 197.

(2) Civ. Seine, 3 mai 1878, Gaz. Trib. 13 et 14 mai 1878 ; cf. Lèbre, *op. cit.*, n^o 258.

(3) Cf. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, n^o 368, p. 493.

(4) Com. Seine, 9 nov 1860. J. trib. com., t. XXI, 59 ; trib. com. Seine, 1^{er} février 1867, J. trib. com., t. XIII, 325.

Bien que le texte de l'art. 550 ne parle expressément que du privilège et de la revendication de l'art. 2102-4°, tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'il prohibe implicitement par là l'action résolutoire du vendeur de meubles (1); aussi, est-il admis sans difficultés que le droit de résolution du vendeur d'un fonds de commerce n'est pas opposable à la faillite du cessionnaire (2), à moins, bien entendu, que par suite d'une action intentée avant la déclaration de faillite le droit de résolution ne soit acquis au cédant (3).

Le cédant qui ne peut faire résoudre la vente et reprendre le fonds ne peut non plus le reprendre indirectement. Voici une conséquence assez curieuse : un fonds de commerce a été vendu avec la stipulation que le vendeur s'interdisait de faire un commerce similaire ; survient la faillite du cessionnaire, le cédant prétend avoir le droit de se rétablir parce qu'il est privé des ressources sur lesquelles il comptait lors de l'interdiction prise. Mais, la Cour de Paris (4) a, dans une telle espèce, repoussé une pareille prétention comme contraire à l'art. 550 Com. ; l'exclusion prononcée par cet article « s'étend à la vente des droits incorporels », or, l'interdiction que s'était imposée le vendeur « était de

(1) Renouard, *op. cit.*, p. 307 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 834, p. 446.

(2) Lèbre, *op. cit.*, n° 204 ; Dal. Sup. Rép., v° *Faillites*, n° 1258 ; Paris, 24 août 1839. S. 39, 2, 533. D. P., 40, 2, 277 ; 8 août 1845. S. 45, 2, 540 ; Rennes, 23 août 1847. D. P., 47, 2, 411 ; Caen, 3 janvier 1849. D. P., 51, 2, 103 ; Paris, 12 déc. 1850. D. P., 51, 2, 62 ; Agen, 24 mai 1868. S. 68 2, 231 ; Paris, 21 mai 1887. D. P., 90, 1, 161, *An. de Dr. Com.*, 1888 Jur. pp. 19 et s. et note.

(3) Thaller, *op. cit.*, n° 1725 ; Dal. Sup. Rép., v° *Faillite*, n° 1258 ; Cass. Civ. 24 déc. 1889. D. P., 90, 1, 161 et note Boistel, S. 91, 1, 455.

(4) Paris, 12 déc. 1850. S. 51, 2, 79.

sa part l'aliénation d'un droit incorporel » qui était un accessoire important du fonds cédé.

Plusieurs fois, des difficultés se sont élevées au sujet de la résiliation du bail cédé avec le fonds de commerce : cette résiliation est-elle prescrite par l'art. 550 ? On a jugé que le cédant d'un fonds de commerce ne peut pas, en cas de faillite de l'acheteur, provoquer en son nom personnel la résiliation du bail cédé par lui en même temps que les autres éléments du fonds, parce que, sans le bail, l'exploitation du fonds devient impossible et qu'une demande en résiliation du bail n'est autre chose qu'une action en résolution de la vente (1).

Il faut ici faire la part des situations et, en tout cas, empêcher que le cédant ne puisse ressaisir par des biais ce qui directement lui échappe. Si, de son chef, le cédant est privé du droit de résiliation, et cela nous semble indiqué encore par les principes généraux de la cession du bail, il se peut que le cédant, exerçant les droits du bailleur au lieu et place duquel il a été subrogé, demande la résiliation, pourvu que les parties soient placées dans une situation qui rende cette action recevable (2).

La faillite du cessionnaire, nous l'avons dit, enlève au cédant la revendication mobilière de l'art. 2102, 4°. Mais, elle ne fait pas obstacle à l'exercice du droit de rétention (art. 1612, 1613, Civ.; 577 Com.) (3).

(1) Paris, 21 juillet 1842 cité dans note sous Cass., 24 déc. 1889. S. 91, 1, 455; Paris, 25 nov. 1850, J. trib. com., t. V, 293; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Faillite*, t. IV, n° 870; Lèbre, *op. cit.*, n° 204; *Contrâ* : Paris, 24 août 1839, précité.

(2) Paris, 21 juillet 1842, précité; Ruben de Couder, *op. et loc. cit.*; Alauzet, *Code de Commerce*, t. VIII, n° 2784.

(3) Lèbre, *op. cit.*, n° 205; Bourges, 14 juin 1844. S. 45, 2, 632; Paris, 26 mars 1858, S. 58, 2, 731. D. P., 59, 1, 229.

Dans quelles conditions le cédant sera-t-il considéré comme dessaisi du fonds vendu de telle sorte qu'il ait perdu le droit de le reprendre ? l'art. 576. Com. trouvera-t-il à s'appliquer dans notre hypothèse ? L'art 576 parle de marchandises ; pour des objets mobiliers qui ne présentent pas le caractère et les fonctions prévus directement par cet article, il faut s'inspirer de son esprit. Par exemple, en ce qui concerne les choses incorporelles, « il faut et il suffit, disent MM. Lyon-Caen et Renault (1), en s'inspirant de l'esprit et des motifs de l'art. 576, C. Com., de rechercher si, à raison des faits de prise de possession qui ont accompagné la vente, les créanciers de l'acheteur ont pu croire que le patrimoine de leur débiteur était augmenté ; en d'autres termes, il faut examiner si le crédit de l'acheteur a pu normalement se trouver en fait accru. La même idée paraît devoir être appliquée aux choses mobilières qui ont été achetées par le failli, mais qui ne sont pas l'objet même de son commerce, tels que des meubles meublants destinés soit à ses magasins, soit à son habitation personnelle ». On voit donc assez facilement le principe de solution à suivre.

§ II. — *De certaines combinaisons destinées à assurer spécialement les droits du cédant.*

L'art. 550 est rigoureux pour le cédant du fonds de commerce ainsi rabaissé au rang des chirographaires. Cependant, cette valeur qui figure ainsi souvent pour une part importante, qui même est quel-

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 846.

quefois la seule valeur contenue dans le patrimoine du failli, c'est le cédant qui l'y a introduite.

Nous avons déjà signalé la tentative faite, lors de la discussion de la loi de 1838, pour conserver aux vendeurs de fonds de commerce leurs droits contre la faillite, et l'accueil qu'elle reçut. Il n'est pas étonnant que, faute de prérogative légale, les cédants de fonds de commerce aient cherché plus d'une fois à y suppléer par des voies détournées. A plusieurs reprises, nous avons eu à faire remarquer certains procédés pratiques destinés à affermir ces droits du cédant : combinaison de revente avec délégation du prix au premier cédant, clauses de déchéance du terme au cas de revente, etc. Il nous faut indiquer encore certains biais destinés spécialement à atténuer au profit du cédant de fonds les effets rigoureux de la faillite du cessionnaire. D'ailleurs, il convient de remarquer que les combinaisons que nous avons en vue sont loin d'être spéciales aux cessions de fonds de commerce ; elles ont en d'autres matières un champ d'application bien autrement large ; il nous suffit de rappeler, par exemple, les infinies formes de vente à crédit ou à tempérament pour les machines industrielles ou agricoles, les mobiliers, etc. Ce serait une étude au plus haut point intéressante que d'approfondir les diverses tactiques usuellement suivies pour ébranler l'art. 550 *in fine* du Code de commerce ; ici, nous devons simplement donner quelques applications pour l'hypothèse particulière que nous avons à envisager.

Il est un principe qui doit servir à régler la discussion : c'est que le législateur a voulu, par l'art. 550 *in fine*, établir une règle impérative et d'ordre public ; les

motifs de cette disposition, son esprit, tel qu'il nous est très nettement révélé par les travaux préparatoires, ne laissent aucun doute sur ce point ; il faudra donc exclure en général les stipulations qui n'auraient d'autre but plus ou moins déguisé que de déroger à cette règle (1). Tel est le principe, il nous faut en montrer certaines applications.

L'art. 550 prohibe implicitement, nous l'avons dit, le droit de résolution du vendeur de fonds de commerce. Mais, ne pourrait-on pas, par une clause de résolution conventionnelle expresse, se ménager l'exercice même de ce droit contre la faillite ? Dans les ventes de fonds, le prix est souvent réglé en billets à échéances successives, il peut être stipulé que, faute de paiement d'un billet à l'échéance, la vente sera résolue. Avant la loi de 1838, on admettait que ces clauses résolutoires fussent opposables à la faillite du cessionnaire ; la résolution, dit un arrêt de la Cour de Paris du 24 avril 1833, « n'a rien de contraire aux principes du droit commercial, ceux qui traitent avec un commerçant devant s'informer de sa position et s'assurer s'il est ou non propriétaire du fonds de commerce par lui exploité » (2). Au contraire, il ne paraît pas sérieusement contestable, sous la loi actuelle, que de telles clauses soient dépourvues d'effet à l'encontre de la faillite. L'art. 550 serait bien inutile s'il suffisait d'une telle combinaison pour l'éviter ; il dépendrait de l'accord des parties de

(1) V. notamment : Thaller, *Traité*, n° 1723, et note sous Cass. req., 17 juillet 1895, D. P., 96, 1, 37 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 838.

(2) Paris, 24 avril 1833, Dal. Rép., v° *Vente*, n° 1236 ; Cf. Req., 7 avril 1830, et Paris, 7 mai 1834, *eod. loc.*

modifier l'organisation du crédit commercial que le législateur voulait sauvegarder (1).

Il y a d'autres clauses présentées sous une forme différente : telles les clauses par lesquelles le cédant déclare *retenir la propriété* du fonds vendu jusqu'à parfait paiement malgré la livraison du fonds.

Un fonds de commerce est vendu à terme, le prix devant être payé par fractions échelonnées ; le contrat contient cette clause formelle et expresse que « la vente ne sera définitive qu'autant que toutes les sommes à terme seront payées à leurs échéances. » La cession est présentée ici comme une vente sous la condition suspensive du paiement intégral du prix. Nous citerons, en particulier, une décision très récente du tribunal de commerce de Marseille, qui se réfère à une hypothèse du genre de celles que nous indiquons et qui donne une solution très nette. Un fonds de commerce, un débit de liqueurs dans l'espèce, est vendu. Dans la suite, l'acquéreur suspend ses paiements et est déclaré en liquidation judiciaire avant d'avoir payé son prix. Le vendeur prétend alors, pour faire résilier la vente et reprendre possession de son fonds, exciper d'une clause des accords en vertu de laquelle l'acquéreur acceptait « de ne devenir définitivement propriétaire du fonds vendu qu'après son entier paiement » et s'interdisait de le revendre sans le consentement écrit de son vendeur. Mais, dit le tribunal, « une clause de cette nature qui arriverait à constituer au profit du vendeur un droit réel de suite, un privilège sur le fonds vendu, ne saurait, en cas de liquidation judi-

(1) V. en ce sens : Lèbre, *op. cit.*, n° 204 ; Thaller, *op. et loc. citt.* ; Lyon-Caen et Renault. *op. et loc. citt.*

ciaire ou de faillite, être opposable aux tiers créanciers de l'acquéreur ; l'art. 550 supprime expressément, en pareil cas, le privilège spécial que l'art 2102 Civ. confère au vendeur non payé d'un objet mobilier. » Le vendeur sera donc réduit à ne venir que comme chirographaire (1). De telles clauses, en effet, doivent être considérées comme inopposables à la masse. « La loi, dit fort bien M. Thaller, sous peine de réduire les droits de la masse à un vain simulacre, ne peut pas soucrire à une pareille convention qui finirait par devenir de style (2). » « La clause qui réserve la propriété n'a aucune publicité; les tiers l'ignorent, la loi ne suppose même pas que la dette du prix leur soit connue. Ils ont vu les effets mobiliers, cela suffit, ils ont traité en considération de cette valeur, elle ne doit plus être distraite de l'actif à leur détriment (3). »

On trouve de pareilles réserves appliquées spécialement au droit au bail cédé avec le fonds de commerce. Ainsi, un fonds de commerce est vendu, le vendeur cède le droit au bail des locaux où s'exploite le fonds, pour une durée de six ans, payable par semestres aux époques d'usage. Il est stipulé entre les parties « que le privilège consenti par l'art. 2102 Civ. serait maintenu même au cas de faillite, en faveur du vendeur, malgré la disposition de l'art. 550 C. Com., l'acheteur ne pouvant devenir *propriétaire* définitif du droit au bail qu'autant que le prix stipulé aura été intégrale-

(1) Trib. com. Marseille, 27 avril 1898. *Rec. Marseille*, 1898, pp. 304, et s. ; Cf. dans le même sens : Paris, 26 avril 1870, et Cass. 22 juillet 1872, J. trib. com., t. XXII, 460, cité par Lèbre, *op. cit.*, page 53, note 1 ; Trib. com. Marseille, 8 juin 1892, *Rec. Marseille*, 1892, 1, 258.

(2) Thaller, *Traité, loc. cit.*

(3) Thaller, note sous Cass. Req., 17 juillet 1895, précitée.

ment payé. » Dans la suite, l'acheteur du fonds est déclaré en liquidation judiciaire, sans avoir exécuté ses obligations relatives au bail. Le vendeur prétend alors reprendre la « propriété » du droit au bail. Un jugement du tribunal de commerce de Marseille, du 9 septembre 1894 (1), a décidé que la clause doit produire son effet même à l'encontre des créanciers, parce qu'elle n'a rien de contraire à la loi ; il a ordonné, en conséquence, que le droit au bail soit « distrait » de la vente du fonds de commerce et fasse retour au vendeur du fonds. Cependant, il semble qu'une telle solution ne peut être admise, si le droit au bail cédé a été véritablement livré et si ce n'est que par une fiction que l'on peut considérer ce droit comme retenu par le cédant du fonds de commerce (2).

Une hypothèse encore plus délicate est celle où les parties ont dissimulé la vente du fonds de commerce sous les dehors d'une location ; elle se présente assez fréquemment. La combinaison est, en effet, très avantageuse : le cédant pourra produire par privilège pour les loyers arriérés et faire prononcer la résiliation du bail, il garde ainsi les loyers payés et reprend son fonds qu'il distrait ainsi de la masse. On a vu, par exemple, la convention suivante : le propriétaire d'un café le loue 50 francs par jour ; il est convenu qu'après paiement par ces échelonnements d'une somme de 50.000 francs le locataire deviendra propriétaire à son tour (3). Le propriétaire d'un hôtel le donne en location, en convenant que le locataire devait « devenir propriétaire du

(1) *Recueil Marseille*, 1895, 1, p. 405.

(2) En ce sens : Lèbre, *op. cit.*, n° 205.

(3) Exemple cité par Lèbre, *op. cit.*, pp. 35 et 36.

dit fonds quand il aurait payé le dernier à-compte » ; le preneur ayant été déclaré en liquidation judiciaire, le locataire demande à résilier et à reprendre le fonds. Dans cette dernière espèce, un jugement du tribunal de commerce de Marseille du 31 janvier 1894 (1) a admis ces prétentions, car, dans l'hypothèse, la « vente conditionnelle » du fonds n'est pas sortie à effet, et l'occupation de l'acquéreur n'a été qu'à « titre de locataire ». Voilà cependant un procédé qui peut déguiser une vente véritable et servir de moyen pour ressaisir les droits du vendeur menacés par la faillite de l'acquéreur.

La combinaison vente-location, très usuelle, notamment pour les installations industrielles fournies par des constructeurs, a donné lieu à des décisions diverses en jurisprudence.

Ainsi, on a décidé « qu'est valable et opposable aux créanciers du locataire tombé en faillite, le contrat par lequel un constructeur de machines déclare donner à titre de location une machine avec cette clause que la dite machine sera payable par termes mensuels et que le locataire en deviendra propriétaire dès que ces versements mensuels auront atteint une somme indiquée par la convention ; que, par suite, le syndic ne peut plus prétendre retenir cette machine dans le gage général des créanciers et que le constructeur a le droit de la revendiquer parce qu'il en est propriétaire (2). » Mais, d'autres décisions ont, avec plus de raison, dé-

(1) *Recueil Marseille*, 1894, p. 108.

(2) Rouen, 17 nov. 1887, Alger, 10 fév. 1888, *Dal. Sup. Rép.*, v^o *Priv.*, et *hyp.*, n^o 1260 ; Cf. dans un sens analogue : trib. com. Lyon, 18 janvier 1893, Bourges, 7 mars 1893, *Recueil Marseille*, 1893, 2, 137 et 140.

cidé qu'il fallait moins s'en tenir à la qualification donnée à un acte et à ses conditions extérieures qu'au résultat réel que l'on veut produire. Au lieu d'une location véritable, on pourra voir une vente à crédit avec cette particularité que le transfert de la propriété est reporté à une époque postérieure à la livraison et que le prix est payable par fractionnements ; on pourra démasquer le véritable caractère de l'acte en démontrant que les prétendus loyers ne sont en réalité que des à-comptes d'un prix de vente ; on pourra se fonder, par exemple, sur ce que le prétendu preneur doit devenir propriétaire par le seul fait du paiement intégral des termes stipulés sans versement supplémentaire sérieux comme en suppose d'ordinaire une promesse de vente véritable, etc. (1).

Ce sont ces principes de saine interprétation qu'il conviendra d'appliquer aux cessions de fonds de commerce déguisées sous forme de locations dans le seul but d'assurer au cédant les droits que l'art. 550 lui enlève ; il ne faut pas qu'au moyen d'un tel *subterfuge* les parties puissent faire échec à l'esprit, cependant très net, de cette disposition. Nous avons vu comment, dans la discussion de la loi de 1838, on a manifesté spécialement que l'on entendait limiter les droits du vendeur de fonds de commerce (2) ; il ne convient pas que, par

(1) Lèbre, *op. cit.*, n° 38, pp. 35 et 36, et p. 53 note 1 ; Thaller, *op. et loc. cit.* ; Dal. Rép., eod. v° n° 1043, et décisions citées ; Dal. Sup. Rép., v° *Priv. et hyp.*, n° 1260 ; Cf. Seine, 10 août 1883 et 6 oct. 1883, *Gaz. trib.*, 7 oct. 1883 ; Paris, 15 janvier 1894, *Rec. Marseille*, 94, 2, 46.

(2) Aux citations faites ci-dessus sur ce point, adde les motifs de Trib. com. Seine, 7 avril 1839, et Paris, 24 août 1839, S. 39, 2, 533, D. P., 40, 2, 277.

des détours, on puisse annihiler la réglementation formelle que la loi a voulu établir.

Ainsi, comme nous l'avons montré, la faillite du cessionnaire d'un fonds de commerce vient apporter une atteinte très grave aux droits déjà précaires du cédant ; en fait, il arrivera le plus souvent que ces garanties accordées par le droit commun seront annihilées parce que, au moment où leur exercice serait vraiment utile, le cessionnaire se trouvera généralement dans des conditions suffisantes pour justifier une déclaration de faillite, et que les autres créanciers s'empresseront de profiter de ce moyen pour faire rentrer dans le rang ce vendeur dont les droits les menacent. Est-ce là un résultat véritablement juste et rationnel ? ne conviendrait-il pas de reprendre les tentatives déjà anciennes faites pour mieux affermir les droits du cédant d'un fonds de commerce ? telle est la dernière question sur laquelle il nous faut dire quelques mots.

Section III. — Des moyens légaux par lesquels on pourrait fortifier les garanties du cédant d'un fonds de commerce.

Si nous nous reportons aux discussions qui ont accompagné l'élaboration de l'art. 550 Com., et, en particulier, à celles qu'a soulevées cet amendement qui contenait une disposition exceptionnelle pour les cessions de fonds de commerce, il est aisé de déterminer les raisons principales pour lesquelles on a voulu restreindre les droits du vendeur de meubles et, notamment, du cédant d'un fonds de commerce.

Il ne faut pas, a-t-on dit, que les tiers qui ont fait confiance au commerçant sous la foi d'un actif apparent,

compris visiblement dans son patrimoine, soient plus tard « surpris » par les prétentions qu'un vendeur voudrait exercer en invoquant des « réserves occultes ». Donc, ce qui, pour notre hypothèse en particulier, met obstacle à l'exercice des droits du cédant du fonds à l'encontre de la masse des créanciers du cessionnaire, c'est l'occultanéité des réserves que le cédant pourrait faire valoir, l'absence d'une contre-publicité qui prévienne les tiers induits naturellement en erreur par une possession publique et sans restrictions extérieures. D'autre part, on ne pourrait obliger les tiers qui traitent avec le commerçant à se faire représenter les actes en vertu desquels il détient son fonds de commerce et à se faire indiquer exactement dans quelle situation se trouve le cessionnaire vis-à-vis de son cédant. Aussi, en cas de faillite du cessionnaire, dans une pareille alternative : ou sacrifier les droits du cédant ou sacrifier ceux de la masse, on fera prévaloir l'intérêt général, les exigences du crédit public ; c'était à celui qui transmettait ses affaires à un autre de s'assurer de la loyauté et de la solvabilité de son successeur.

On a, nous le savons, indiqué d'autres motifs contre l'idée d'une protection spéciale à accorder au cédant d'un fonds de commerce. La transmission d'un fonds n'est pas la transmission d'une chose dont la composition soit fixe et la consistance ferme. Un fonds, notamment en sa valeur achalandage, est un bien assez peu saisissable, dont on suit difficilement la transmission, on l'aperçoit malaisément passé en d'autres mains sans altération de son identité. Il y a d'ailleurs, dans un fonds de commerce, des éléments qui, par leur nature et leur fonction, sont destinés à se renouveler constamment.

Ne risquera-t-on pas, dans bien des cas, de faire porter les droits du cédant sur autre chose que ce qui a été véritablement cédé ?

Toutes les difficultés ne se restreignent pas d'ailleurs, il faut le remarquer, à l'hypothèse de la faillite du cessionnaire : ainsi, la question de savoir à quelles conditions on reconnaîtra l'identité d'un fonds de commerce se trouve, nous l'avons dit, même en dehors de la faillite, quand il s'agit de déterminer l'effet du privilège, de l'action en résolution, du cédant d'un fonds de commerce. En outre, nous savons que le classement des fonds de commerce parmi les meubles, suivant la notion commune, conduit à appliquer pour cette catégorie de biens les règles restrictives que l'on a établies en général pour tous les meubles, notamment, cette règle que le privilège du cédant d'un fonds est dépouillé du droit de suite. On connaît les raisons par lesquelles on justifie d'ordinaire la prohibition d'un droit de suite sur les meubles : la sécurité des relations commerciales et le développement des transactions ne veulent pas que la circulation de ces biens qui sont l'objet des négociations courantes se trouve, à tout moment, gênée par la nécessité d'informations lentes et pénibles ; puis, comment, sur des biens qui en général n'ont pas d' « assiette fixe », créer la publicité qui est évidemment nécessaire pour la constitution de droits réels de cette sorte ?

Mais, est il impossible de parer à tous les inconvénients signalés ? Cette objection, que c'est au cédant du fonds de commerce à pourvoir lui-même à sa protection, en se préoccupant de traiter avec un acquéreur qui lui présente toutes garanties, a une portée trop générale et

trop absolue pour que nous nous y arrêtions ; elle tendrait logiquement à faire supprimer toutes les garanties légales. On doit attacher plus d'attention à cette idée qu'il est très difficile de faire fonctionner une action réelle sur des fonds de commerce à cause de la complexité et de la mobilité de cette sorte de biens. Nous ne contesterons pas qu'il pourra être plus d'une fois malaisé de fixer l'identité d'un fonds, lorsqu'il s'agira de le soumettre à une revendication, à une résolution, à un privilège. Cependant, faut-il dire qu'un fonds de commerce n'a jamais une forme plus stable qui permette de la reconnaître ? n'a-t-il pas des éléments qui, normalement, sont destinés à se conserver dans le même état ? Les marchandises peuvent changer sans que l'installation, l'enseigne, la clientèle même, aient reçu une altération qui les dénature. A tout prendre, il n'y a qu'une difficulté d'appréciation qui n'est pas toujours également complexe et qui, en tout cas, n'est pas insoluble. Ainsi, pour rappeler un exemple auquel nous avons déjà fait allusion, dans une hypothèse où il s'agissait d'une résolution de cession de portefeuille, on s'est trouvé en présence de cette difficulté très sérieuse que, depuis la cession, le portefeuille avait été transformé considérablement par la gestion, et qu'il était impossible de restituer la chose cédée dans l'état où elle se comportait lors de la cession primitive ; on n'en a pas moins ordonné la résolution, sauf à déterminer par un compte de liquidation la part représentative du portefeuillé cédé et la part qui avait une origine toute différente (1).

La principale raison que l'on ait invoquée pour limiter,

(1) Cf. Rossy, pp. 182 et 183.

notamment au cas de faillite, les droits du cédant d'un fonds de commerce, c'est l'absence d'une publicité qui fasse connaître aux tiers les réserves attachées à une cession de ce genre. Cette publicité ne pourrait-elle s'organiser de manière, par exemple, de permettre au privilège du cédant de survivre à la faillite du cessionnaire ?

Aujourd'hui, la question n'est plus entière ; la loi a organisé une publicité à l'aide de laquelle on peut constituer sur un fonds de commerce des garanties réelles. Cette publicité, nous l'avons dit plusieurs fois, a été créée pour les nantissements sur fonds de commerce ; désormais, le propriétaire d'un fonds peut le donner en gage sans s'en dessaisir, ou, en réalité, le grever d'une véritable hypothèque armée du droit de préférence et du droit de suite. De ce chef, tout cédant d'un fonds paraît maintenant muni d'un moyen qui, avant la loi nouvelle, lui faisait défaut ou dont le fonctionnement était très incertain : il n'aura qu'à se faire constituer, lors de la cession, un nantissement sur le fonds de commerce qu'il cède. Du reste, il paraît que déjà la clause de nantissement au profit du vendeur est de style dans les actes de cession ; c'est tout naturel, étant données les facilités que donne la loi nouvelle, nous dirons même que c'est une des applications les plus justifiées de cette loi. En sorte qu'on peut dire, que le court paragraphe ajouté à l'art. 2075 du C. civ. par la loi du 1^{er} mars 1898 contient implicitement un procédé pour faire échec, quant aux fonds de commerce, non seulement à la règle qui prohibe en cas de faillite le privilège du cédant, mais aussi à la règle qui, en toute hypothèse, dépouille ce privilège du droit de suite.

Ces notions se compléteront lorsque nous étudierons la question des nantissements. Mais, on peut d'ores et déjà remarquer, que si, au point de vue spécial qui nous occupe présentement, l'institution nouvellement créée par la loi permet de fortifier les droits du cédant d'un fonds de commerce, il n'y a aucune raison pour que la loi ne complète son œuvre. Si la publicité établie pour les hypothèques sur fonds de commerce est réellement pratique, pourquoi ne ferait-on pas servir cette publicité à assurer dans tous les cas les droits du cédant d'un fonds et notamment son privilège, en sauvegardant par ces exigences d'une publicité régulière les intérêts légitimes des tiers ?

A plusieurs reprises, on a demandé l'organisation d'un régime de publicité analogue à celui qui fonctionne pour les hypothèques immobilières et qui permettrait au cédant d'un fonds de commerce de conserver son privilège avec droit de suite et permanence au cas de faillite (1). D'ailleurs, certaines législations étrangères ont organisé des institutions de ce genre. Ainsi, suivant l'art. 546 du Code de commerce Belge, le vendeur de machines et appareils industriels conserve son privilège pendant deux ans à compter de la livraison, pourvu que, dans la quinzaine, il ait eu soin de transcrire au greffe du tribunal de commerce du domicile ou, à défaut de domicile, de la résidence du débiteur, l'acte de vente constatant le non paiement du prix (2). Des dispositions analogues existent, toujours en matière de vente de machines industrielles, dans le Code de commerce ita-

(1) Thaller, *op. cit.*, n° 1735.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 863 bis ; Thaller, *op. cit.* et *loc. cit.*, et note 2.

lien (art. 773,3°) et le Code de commerce roumain (art. 814 à 816 et 783,1°) (1). On a proposé d'établir dans notre droit une réglementation analogue, pour permettre au vendeur de matériel industriel de conserver son privilège même en cas de faillite de l'acquéreur ; on a demandé encore de modifier l'art. 550 *in fine* du Code de commerce en reconnaissant au vendeur d'un bateau de rivière le droit de conserver son privilège à l'encontre de la faillite de son acquéreur, comme le conserve le vendeur d'un bâtiment de mer (art. 191, 8°. Com. (2).

Il y a, dans ces diverses applications, l'indication d'une tendance à entourer les droits du vendeur d'une garantie plus efficace ; cette inclination s'explique très bien, car, il est juste en définitive de permettre à celui qui a procuré une chose à un autre d'en recouvrer autant que possible la valeur. Cette considération doit valoir lorsqu'on a à déterminer les droits du cédant d'un fonds de commerce ; en offrant les moyens d'affermir ces droits, la loi du 1^{er} mars 1898 nous paraît réaliser un progrès satisfaisant que l'on pourrait sans doute compléter.

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. et loc. citt.*

(2) V. en ce sens une proposition de M. Plichon, déposée à la Chambre des Députés le 25 nov. 1893, *Journal officiel*, Doc. parlem., Chambre, Session de 1893, pp. 90 et s. ; Cf. Lyon-Caen et Renault, et Thaller, *op. et loc. citt.*

CHAPITRE VI

RÈGLES PARTICULIÈRES AUX CESSIONS DE FONDS DE COMMERCE AU POINT DE VUE FISCAL

Pour compléter les développements que nous avons donnés à l'étude des cessions de fonds de commerce, il nous paraît utile d'indiquer les règles particulières que la loi a établies au point de vue de l'enregistrement pour ce genre de cessions. Nous ne voulons, bien entendu, que tracer les traits généraux du sujet ; la spécialité de la question, les études détaillées dont elle a été l'objet, nous dispensent de plus amples commentaires. Il importe toutefois de déterminer les notions fondamentales d'une matière dont l'intérêt pratique est évident, et, puisqu'on envisage dans l'ensemble la condition juridique des fonds de commerce, d'indiquer une réglementation spéciale qui leur fait, à certains points de vue, une condition distinctive (1).

(1) Sur la question de l'enregistrement des cessions de fonds de commerce : v. notamment : Mérot, *Commentaire pratique de la loi du 28 fév. 1872, sur l'enregistrement des actes de vente et les déclarations de mutation des fonds de commerce* (1877) ; Garnier, *Répertoire général et raisonné de l'Enregistrement (Nouveau traité sous forme de dictionnaire*, 6^e édit., tome IV (1878), pp. 169-182 ; nos 11609-11634 ; *Dictionnaire des droits d'Enregistrement, de timbre, de greffe et d'hyp*, par les directeurs du journal de l'Enreg. et des domaines : 3^e édit., tome III (1883), v^o *Fonds de commerce*, pp. 444-459 ; Albert Lèbre : *De*

Section I. — Dispositions légales relatives à l'enregistrement des cessions de fonds de commerce, leur explication historique et leur portée générale.

C'est dans la loi du 28 février 1872 sur l'enregistrement que sont contenues les dispositions spéciales relatives aux cessions de fonds de commerce.

Voici ces dispositions :

Art. 7. « Les mutations de propriété à titre onéreux de fonds de commerce ou de clientèles sont soumises à un droit d'enregistrement de 2 francs par 100 francs. Ce droit est perçu sur le prix de la vente de l'achalandage, de la cession du droit au bail et des objets mobiliers ou autres servant à l'exploitation du fonds, à la seule exception des marchandises neuves garnissant le fonds. Ces marchandises ne seront assujetties qu'à un droit de 50 centimes par 100 francs à condition qu'il sera stipulé pour elles un prix particulier et qu'elles seront désignées et estimées article par article dans le contrat ou dans la déclaration. »

Art. 8. « Les actes sous signatures privées, contenant mutation de propriété de fonds de commerce ou de clientèle, seront enregistrés dans les trois mois de leur date.

A défaut d'acte constatant la mutation, il y est suppléé par des déclarations détaillées et estimatives faites au bureau de l'Enregistrement de la situation du fonds

l'enregistrement des ventes de fonds, appendice au traité de M. G. Lèbre sur les fonds de commerce (1887), pp. 285-319 ; Dal. Sup. Rép., v° *Enregistrement* (1891), n°s 1522-1570 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 254, pp. 181 et 182.

de commerce ou de la clientèle dans les trois mois de l'entrée en possession.

A défaut d'enregistrement ou de déclaration dans les délais fixés ci-dessus, il sera fait application des dispositions du paragraphe 1^{er} de l'art. 14 de la loi du 23 août 1871. Sont également applicables aux mutations de propriété des fonds de commerce ou de clientèles les dispositions des paragraphes 2 et 3 du dit article, et celles des art. 12 et 13 de la même loi concernant les dissimulations dans les prix de vente.

L'insuffisance du prix de vente des fonds de commerce ou de clientèle peut également être constatée par expertise dans les trois mois de l'enregistrement de l'acte ou de la mutation. — Il sera perçu un droit en sus sur le montant de l'insuffisance, outre les frais d'expertise s'il y a lieu, et si l'insuffisance dépasse un huitième. »

Art. 9. « La mutation de propriété des fonds de commerce ou de clientèles est suffisamment établie, pour la demande et la poursuite des droits d'enregistrement et des amendes, par les actes ou écrits qui révèlent l'existence de la mutation ou qui sont destinés à la rendre publique, ainsi que par l'inscription au rôle des contributions du nouveau possesseur et des paiements faits en vertu de ces rôles sauf preuve contraire. »

Avant la loi du 28 février 1872, les ventes de fonds de commerce étaient, comme vente de choses mobilières, soumises à un droit d'acte de 2 0/0. Il en était du moins ainsi pour les marchandises et instruments d'exploitation, (art. 69, § 5 n° 1 de la loi du 22 frimaire an VII). Quant à l'achalandage, on discutait sur la question de savoir s'il devait être soumis au droit de

2 0/0 sur les meubles ou au droit de 1 0/0 sur les cessions et transports de créances (1).

Sous cette législation, lorsque la transmission d'un fonds de commerce n'était constatée par aucun acte, aucun droit n'était exigible ; lorsque la mutation était constatée simplement par un acte sous seing privé, il n'y avait ni délai de rigueur pour l'enregistrement, ni amende, la seule sanction consistait dans l'interdiction de produire l'acte en justice sans l'avoir au préalable soumis à la formalité de l'enregistrement. De tout cela il résultait que la plupart des transmissions de fonds de commerce échappaient à l'application des droits (2).

Lorsque les embarras financiers créés par la guerre nécessitèrent l'établissement de nouveaux impôts, on songea à affermir au moins la réglementation fiscale des cessions de fonds de commerce. La réforme fut présentée dans un projet plus général concernant les droits d'enregistrement, déposé à l'Assemblée Nationale, le 19 février 1872, par M. Thiers et M. Pouyer-Quertier, ministre des finances. L'Exposé des motifs (3) est très succinct sur l'application de la réforme aux cessions de fonds de commerce. On a voulu, dit-il, « soumettre à un droit d'enregistrement dans un délai

(1) A. Lèbre, *op. cit.*, p. 285 n° 1 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 254.

(2) V. sur ces points l'exposé des motifs d'une proposition de loi déposée à l'Assemblée nationale le 15 février 1873 par M. Journault et autres tendant à assurer l'application des droits d'enregist. aux cessions de fonds de commerce, *Journal officiel*, janvier 1872, annexe n° 812 p. 604 ; — et le rapport de M. Mathieu Bodet à l'Assemblée Nationale sur le projet du gouvernement : Garnier, *Répert.*, t. I, p. 243.

(3) *Journal, officiel*, février 1872, annexe n° 905, p. 1425 ; Garnier, *op. cit.*, pp. 238 et s.

déterminé les cessions de fonds de commerce. » « Ces ventes fort importantes, ajoutent les auteurs du projet, ne contribuent à l'impôt que lorsqu'elles ont lieu par acte devant notaire. Il nous a paru qu'elles devaient être dans tous les cas soumises aux droits d'enregistrement, comme le sont toutes les mutations immobilières dont l'importance est souvent bien inférieure aux transmissions de fonds de commerce. »

C'est cette assimilation des mutations de fonds de commerce aux mutations immobilières qui est la caractéristique et l'idée dominante de la réforme proposée. Le projet la réalisait à plusieurs points de vue : 1° quant à la quotité du droit : les ventes de fonds de commerce sont soumises aux mêmes droits que les ventes d'immeubles, soit 4 0/0, déduction faite des droits de transcription ; 2° les transmissions par actes sous signatures privées doivent être enregistrées dans un délai de trois mois ; les mutations verbales, très fréquentes, devaient être, comme les mutations immobilières, déclarées dans un délai de trois mois ; 3° les règles de la perception des mutations immobilières, touchant les sanctions, les pénalités, étaient désormais étendues aux mutations de fonds de commerce, il en était de même en principe des règles de la preuve pour établir l'existence des mutations.

La Commission chargée d'examiner le projet du gouvernement ne voulut pas admettre la même quotité de droits que pour les transmissions d'immeubles. « Elle a considéré que le fonds de commerce, étant par sa nature, d'après les règles du droit civil, une chose mobilière, ne pouvait pas logiquement être assujéti à un droit de mutation immobilière. » En conséquence, elle

décide que la taxe resterait fixée à 2 0/0 (1). Mais, tout en écartant sur ce point l'assimilation proposée entre les cessions de fonds de commerce et les ventes d'immeubles, la Commission la maintint très nettement sur les autres points de la réforme. « Bien que, dit le rapport, la Commission n'ait pas admis que les mutations de fonds de commerce puissent être assimilées aux mutations immobilières, elle a cependant considéré, eu égard à l'importance de cette propriété, qu'il fallait chercher dans la législation existante les moyens de répression de la fraude applicables aux mutations immobilières. L'art. 8 n'a d'autre objet que d'étendre aux ventes de fonds de commerce le mode de déclaration, les procédés de répression, et les moyens de preuve admis en matière de vente d'immeubles. L'art. 9 permet de prouver la mutation par tous les actes qui la font connaître, par la publicité qu'elle reçoit dans les journaux, et enfin par l'inscription au rôle des contributions. Ce moyen de preuve n'est autre que celui admis par la loi du 22 frimaire an VII (art. 12) pour les mutations immobilières. » « Malgré la réduction à 2 0/0 du droit proportionnel, ajoutait le rapport, la Commission a pensé que le produit pourrait néanmoins s'élever à six millions de francs, attendu qu'elle n'estime pas à moins de trois cent millions de francs le montant des ventes annuelles de fonds de commerce faites par actes sous signatures privées ou non enregistrées. »

Lors de la discussion devant l'Assemblée nationale, plusieurs orateurs demandèrent que l'on revint à la taxe de 4 0/0 (2). On fit remarquer qu'il y avait, dans le

(1) Rapport Mathieu-Bodet, *op. et loc. cit.*

(2) V. sur la discussion, Ass. Nat. Séance du 28 février 1872, *Journ. off.*, février 1872, pp. 1418-1423.

projet de la Commission, contradiction à assimiler dans l'art. 7 les fonds de commerce aux meubles pour la tarification des droits, et à les traiter par les art. 8 et 9 comme des biens immobiliers. On invoqua les analogies économiques qui existent entre les cessions de fonds de commerce et les mutations d'immeubles ; les fonds de commerce forment, disait-on, une propriété destinée à rester longtemps dans les mêmes mains, guère plus circulante que les biens fonciers. « Lorsqu'on achète un fonds de commerce, disait M. Lenoël, est-ce pour le revendre dans un délai rapproché en vue des bénéfices à réaliser dans la revente ? Non, c'est pour l'exploiter, absolument comme lorsqu'on achète un immeuble en règle générale, c'est pour l'exploiter, ou pour en tirer un parti quelconque à l'aide de la location que payera celui qui l'exploite. Par conséquent, il y a là dans l'acquisition d'un fonds de commerce quelque chose qui ressemble au moins par la destination de l'objet acheté à l'immeuble lui-même ». « Les fonds de commerce, choses mobilières sans doute, ne sont pas mobiles cependant qu'elles sont mobilières, mais *immobiles* dans les mains du détenteur », donc, « il y a toute raison de frapper ces choses *immobiles par destination* du même impôt que les choses immobilières par nature ». Mais, l'amendement qui tendait à rétablir la taxe du projet du gouvernement fut repoussé et la taxation de la Commission maintenue.

Avec les art. 7, 8 et 9, tels qu'ils sont sortis de l'Assemblée Nationale, et que nous avons reproduits en tête de ce chapitre, voici comment on peut définir, dans ses très grandes lignes, la réglementation consacrée. D'une part, maintien en principe de la tarification

normale applicable aux transmissions de meubles ; d'autre part, et pour tout le reste, assimilation des mutations de fonds de commerce aux mutations immobilières, en ce qui concerne les règles de la perception, les formalités à suivre, les sanctions, les pénalités, les preuves des mutations. Il y a sans doute des particularités, mais la note dominante est celle que nous signalons. C'est l'extension aux mutations de fonds de commerce des règles relatives aux transmissions immobilières qu'il importe de mettre en saillie. Nous avons maintenant à donner quelques détails sur l'application.

Section II. — Des mutations soumises aux dispositions spéciales de la loi de 1872.

§ I. — *Quelles sortes de mutations sont gouvernées par cette loi.*

L'art. 7 de la loi parle de « mutations de propriété à titre onéreux de fonds de commerce ou de clientèle ». Incontestablement, la loi atteint toutes sortes de transmissions à titre onéreux de ce genre, qu'il s'agisse d'une vente, ou d'une cession véritable, ou d'un échange, d'un partage avec soulte, d'une transaction, d'une rétrocession, d'une liquidation de société, etc (1). Quant à l'apport d'un fonds de commerce en société, si la loi de 1872 ne s'applique pas à l'apport pur et simple (2), du moins, lorsque l'apport est accompagné

(1) Dict. des droits d'Enreg., v° *Fonds de commerce*, n° 6 ; A. Lèbre, *op. cit.*, p. 288, n° 4 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 254 ; Dal. Sup. Rép., v° *Enregist.*, 1524.

(2) Garnier, *op. cit.*, t. IV, n° 11614.

de stipulations particulières, notamment lorsque l'apport est fait contre une valeur à payer par la société à l'apporteur, la loi de 1872 et le droit de 2 0/0 trouvent leur application (1).

On s'est demandé si la loi régissait les cessions d'usufruit de fonds de commerce ; le doute pourrait venir de ce que les art. 7, 8 et 9 ne parlent que de mutations de *propriété*, mais, on admet, en général, que c'est là une omission de la loi sans signification, et l'on applique les mêmes règles aux mutations en usufruit et à celles en pleine propriété (2).

Une exception fort notable aux dispositions relatives aux mutations à titre onéreux de fonds de commerce a trait aux ventes de fonds de commerce dépendant d'une faillite ; en effet, la loi de 1872 n'a pas abrogé les dispositions de faveur des lois du 24 mai 1834 (art. 12) et du 25 juin 1841 (art. 4 et 10) qui ont réduit à 50 cent. % le droit proportionnel applicable aux ventes de meubles compris dans une faillite (3), mais, ces mutations n'en sont pas moins soumises à l'enregistrement dans les trois mois, comme les autres mutations de fonds de commerce (4). Faut-il étendre l'application des règles de la loi de 1872 aux mutations à titre gratuit ? Incontestablement, ces règles sont étrangères aux mutations par décès (5). Mais, que dire des mutations entre vifs ? Selon la prétention de l'Enregistrement, elles doivent

(1) Dal. Sup. Rép., v° *cit.*, n° 1530 ; Lèbre, *op. cit.*, p. 293, n° 8.

(2) Garnier, *op. cit.*, n° 11612 ; Dict. des dr. d'Enreg., v° *cit.*, n° 6 ; A. Lèbre, *op. cit.*, p. 292, n° 6. — *Contra* : Dal. Sup. Rép., v° *cit.*, n° 1615.

(3) Sol. adm. Enregistrement, 6 sept. 1872, D. P., 73, 5, 232.

(4) Dal. Sup. Rép., v° *cit.*, n° 1531 ; Dictionnaire des d. d'Enreg., v° *cit.*, n° 5 ; Lèbre, *op. cit.*, n° 7.

(5) Garnier, *op. cit.*, n° 11611 ; Dict. des dr. d'Enreg., v° *cit.*, n° 12.

être soumises aux prescriptions de la loi de 1872, du moins en ce qui concerne les art. 8 et 9, car, en ce qui concerne la quotité de droits c'est toujours la quotité établie pour les donations de meubles qui reste applicable. En ce sens, on peut invoquer la généralité des termes des art. 8 et 9 et la facilité qu'une solution contraire donnerait aux intéressés pour dissimuler le caractère véritable des transmissions (1).

§ II. — *Quelles sont les valeurs dont la transmission est soumise aux dispositions de la loi de 1872.*

Nous savons que la notion de fonds de commerce est une notion complexe ; n'y aura-t-il pas, dès lors, des difficultés pour définir quelles sont les valeurs qui, au point de vue fiscal, rentrent dans une pareille notion ?

La loi de 1872 a soin de signaler les principaux éléments qu'elle considère comme rentrant dans la conception commune de fonds de commerce, et même, pour l'un de ces éléments, les marchandises, elle établit, à certaines conditions, une tarification distinctive.

Les dispositions de la loi prévoient que la perception du droit portera sur le prix de la « vente de l'achalandage », de la « cession du droit au bail », et, dans une formule générale, sur le prix des « objets mobiliers ou autres servant à l'exploitation du fonds, à la seule exception des marchandises neuves garnissant le fonds ».

(1) V. en ce sens Dict. des dr. d'Enreg., *v° cit.*, n° 10; Garnier, *op. cit.*, n° 11611 ; — *Contrà* : Cass. civ., 2 août 1886, D. P., 86, 1, 448, rejetant le pourvoi de l'Enregist., et jug. du trib. de Vannes, 30 nov. 1882, D. P., 83, 3, 126 ; Lèbre, *op. cit.*, n° 5, p. 291 ; Lyon-Caen et Renault, *op. et loc. cit.*, Cf. Dal. Sup. Rép., *v° cit.*, n° 1258.

Si l'on isole les valeurs expressément indiquées, achalandage, droit au bail, marchandises, pour lesquelles toutes difficultés sont de ce chef écartées, il reste à déterminer quels sont les autres objets « garnissant le fonds ». Les travaux préparatoires ne fournissent pas à ce sujet d'indication bien précise ; cependant, la discussion de la loi permet d'apercevoir que, parmi les objets mobiliers qui, à part des marchandises, rentrent dans la composition du fonds, on a voulu classer surtout le matériel d'exploitation, les « agencements » et « installations ». La formule « ou autres » ne veut pas désigner des objets qui auraient le caractère d'immeubles par destination (ces biens restent soumis au droit de 5.50 %), elle se rapporte simplement, comme l'indiquent les travaux préparatoires, aux objets qui, par leur destination et leur fonction, revêtiraient le caractère immobilier si leur propriétaire était dans les conditions voulues pour que cette immobilisation se produise (1).

Faut-il restreindre à ces diverses valeurs la loi de 1872 ? La question a été récemment discutée pour des brevets d'invention et a donné lieu à une solution intéressante de la Cour de Cassation. Une société industrielle de construction et de vente de moteurs à air chaud cède à une autre compagnie l'ensemble des relations commerciales qui forment la clientèle et l'achalandage, les commandes et marchés en cours d'exécution, le droit au bail, le matériel et l'agencement, ainsi que la *licence d'exploitation des brevets* relatifs à la vente et à la construction des moteurs. L'administra-

(1) Lèbre, *op. cit.*, n° 13 p. 298 ; Dict. des d. d'Enreg., n° 31.

tion de l'Enregistrement avait fait la preuve de cette mutation globale. Mais, le tribunal civil de la Seine, dans un jugement du 4 août 1893 (1), avait, tout en reconnaissant qu'il fallait appliquer au fonds de commerce ainsi cédé la loi de 1872, décidé que l'on devait distraire du prix la valeur représentative de la cession des brevets et soustraire cette valeur aux règles de la perception fixées par les art. 7, 8 et 9 de cette loi, une telle cession devant rester sous l'empire des règles ordinaires des transmissions mobilières. Mais, la Cour de Cassation a, avec raison nous semble-t-il, repoussé cette prétention, parce que, dit-elle, « l'exploitation du fonds de commerce était, en fait, impossible sans le droit d'exploiter les brevets, qu'il suit de là que dans l'espèce ce droit faisait nécessairement partie intégrante du fonds de commerce et qu'ainsi le prix de la cession comprenait aussi celui de la licence, que dès lors l'ensemble constitue l'*universalité juridique* dont la mutation est soumise par la loi du 28 février 1872 à un droit d'enregistrement de 2 % (2) ». Ainsi donc, il semble ressortir de cet arrêt de la Cour de Cassation, que la cession d'un fonds de commerce est, au point de vue fiscal, considérée comme la cession d'une *universalité* comprenant en elle les divers droits utiles se rattachant à l'exploitation cédée; que tous ces droits, pourvu qu'ils soient mobiliers, sont soumis aux prescriptions de la loi de 1872, et, en principe, à la tarification de 2 %, sans qu'il faille distinguer entre les meubles corporels comme le matériel et les incorporels comme les brevets.

(1) Pand. fr. 94, 6, 12.

(2) Cass. civ., 12 juillet 1897, Enreg. c. la Compagnie française de moteurs à air chaud, Pand. fr., 98, 6, 32.

Cependant, cette solution a besoin d'être précisée. Voici une autre espèce qui a donné lieu à une décision pratique avant l'arrêt que nous venons de rappeler. Un fonds de commerce d'entrepreneur de transports est mis en adjudication par devant notaires avec la clientèle, l'achalandage, le matériel, les droits aux baux, et les *comptes courants actifs et passifs* à arrêter dans un court délai. Le cahier des charges contient une ventilation pour les créances comprises dans l'adjudication ; cependant, le receveur de l'Enregistrement a perçu le droit de 2 % sur la totalité du prix. On critique cette perception en soutenant que le tarif de 1 % établi par l'art. 69, § 3, n° 3 de la loi du 22 frimaire an 7 pour la cession de créances est seul applicable à la portion du prix représentant les créances et on sollicite de ce chef la restitution de la somme indûment perçue. « Cette demande, dit une Solution de la Régie du 11 juillet 1888 (1), paraît de nature à être accueillie. En assujettissant au droit proportionnel de 2 %, les mutations de propriété à titre onéreux de fonds de commerce ou de clientèle, la loi du 28 février 1872, n'a pas modifié le tarif auquel sont soumises toutes les transmissions de meubles corporels (C. 22 frim. an VII, art. 69, § 5, n° 1). Elle n'a fait d'exception qu'en ce qui concerne les marchandises neuves garnissant le fonds. En d'autres termes, la loi du 28 février 1872, a respecté, sauf pour les marchandises neuves, la tarification antérieure. Il en résulte que le droit de 2 %, n'est applicable qu'au prix des biens limitativement indiqués par l'art. 7 de cette

(1) Pand. fr., 88, 6, 44.

loi, c'est-à-dire l'achalandage, le droit au bail, et les objets mobiliers ou autres servant à l'exploitation du fonds. Quant à la cession des immeubles ou des créances transmis en même temps que le fonds, elle continue à être régie par le tarif ordinaire qu'a édicté la loi du 22 frimaire an 7. Spécialement, la cession des créances ne donne ouverture qu'au droit de 1 % (art. 69, § 3, n° 3). Il convient en conséquence de restituer sous la retenue du droit de 1 % le droit de 2 % indûment perçu sur la portion du prix afférente aux créances cédées, sauf à requérir l'expertise du fonds proprement dit, si le surplus du prix paraît inférieur à la valeur réelle du fonds ».

En combinant ces diverses solutions, on doit, nous semble-t-il, arriver à régler ainsi la matière : en principe, le fonds de commerce doit être considéré comme une universalité, et les règles de la perception fixées par la loi de 1872 doivent s'appliquer à tous les éléments qui sont des droits utiles de l'exploitation, sauf la tarification spéciale qui peut être établie pour chacun d'eux, tarification spéciale pour les marchandises neuves d'après la loi de 1872 elle-même, tarification spéciale pour les créances, pour les immeubles (séparés d'ailleurs dans la notion usuelle du fonds de commerce proprement dit), etc. ; ces différences de tarification mises à part, les règles spéciales fixées par la loi de 1872 pour les mutations de fonds de commerce doivent s'appliquer à tous ses éléments, quels qu'ils soient ; nous avons vu comment la Cour de Cassation a très nettement appliqué ce principe dans un cas où, en fait, il ne s'agissait pas de la question de tarif mais des autres règles de la perception.

En somme, il ne doit pas y avoir de difficultés quand les divers éléments d'un fonds de commerce forment l'objet d'une transmission globale unique, ou de plusieurs transmissions par actes séparés mais concomitantes. La loi de 1872 a surtout prévu la réunion de ces actes divers de transmission dans une même opération.

Mais, il peut se faire que l'on se trouve en présence de cessions isolées d'éléments constitutifs d'un fonds de commerce ; quel est alors le principe de solution ?

Il peut y avoir mutation de fonds de commerce sans que tous les éléments qui composent d'ordinaire un fonds soient réunis dans la même mutation. Il y a un élément dont la cession, même isolée, donnera toujours lieu à l'application de la loi de 1872, c'est la cession de l'achalandage ou clientèle. Cela ressort évidemment, nous semble-t-il, de la discussion de la loi et de la substitution de la formule « mutation de fonds de commerce et de *clientèles* » au texte primitif qui ne parlait que de mutation de fonds de commerce ; on marquait par là que la valeur clientèle était une valeur essentielle que l'on voulait dans tous les cas atteindre. Cette idée se trouve exprimée dans un jugement du tribunal de la Seine du 25 octobre 1889 (1). Le tribunal a jugé que, lorsque par une preuve légale on a établi la mutation d'un fonds de commerce, le nouveau possesseur ne peut échapper aux obligations que la loi de 1872 lui impose pour cette mutation en alléguant que les marchandises et le matériel dépendant du fonds ont été vendus distinctement à des tiers ; en effet, « cette circonstance,

(1) D. P., 90, 3, 88 ; Dal. Sup. Rép., v° *Enreg.*, n° 1539.

alors même qu'elle serait prouvée, serait sans intérêt, un fonds de commerce ne se composant pas seulement de marchandises et du matériel, mais comprenant en outre la clientèle et l'achalandage et le droit au bail ; ces deux éléments peuvent être vendus distinctement et l'aliénation qui en est faite constitue même dans ce cas la véritable mutation du fonds de commerce ». Ainsi, d'après cette décision, l'aliénation d'un fonds de commerce réduite à l'achalandage et au droit au bail constitue une mutation de fonds de commerce soumise à la loi de 1872.

On pourrait supposer une cession isolée du droit au bail d'une exploitation commerciale ; faudrait-il l'assujettir à la loi spéciale ? Cela peut dépendre, croyons-nous, des circonstances. Il peut se faire que le droit au bail ait une valeur telle qu'il constitue un élément essentiel du fonds de commerce, de telle sorte que sa cession, comme la cession isolée de l'achalandage, donnerait lieu à l'application de la loi de 1872. Mais, en principe, la cession isolée du droit au bail ne doit pas être considérée comme une mutation de fonds de commerce, s'il est réellement établi qu'elle est isolée et indépendante, car, « si la cession du droit au bail faite par acte séparé correspondait à une transmission de fonds de commerce ou de clientèle, l'Administration aurait le droit de prouver le caractère correspectif des deux actes et d'assurer la perception en conséquence (1) ».

Une question analogue à celle que nous discutons en ce moment s'est présentée dans la pratique avec des circonstances assez curieuses : une Société d'assurances

(1) Dict. des droits d'Enreg., *v° cit.*, n° 29 ; Sol. adm. Enreg., 17 mars 1872. D. P., 73, 5, 232 ; Bal. Sup. Rép., *v° cit.*, n° 1544.

contre les accidents avait obtenu moyennant 240 000 fr. de la Compagnie d'assurances sur la vie, *le Patrimoine*, le droit de porter le titre de cette dernière, mais uniquement pour des assurances d'accidents, à l'exclusion des assurances sur la vie. L'Enregistrement voyait dans cette cession une mutation de fonds de commerce soumise au droit de 2 % et à l'application de la loi de 1872. Voici en quels termes le tribunal civil de la Seine repousse cette prétention (1). « La Société *le Patrimoine (vie)*, en cédant à la nouvelle société *le Patrimoine (accidents)* le droit de se servir de son nom, s'est réservé la totalité de ses affaires sur la vie et sa clientèle ; il ne s'est dès lors opéré au profit de la Compagnie cessionnaire constituée en vue d'une entreprise entièrement différente aucune mutation totale ou partielle d'un des éléments constitutifs d'un fonds de commerce ou d'une industrie antérieurement exploitée ; un *nom commercial*, indépendamment de la clientèle et de l'achalandage d'un fonds de commerce, constitue un droit mobilier dont la cession est soumise pour la perception aux règles établies par la loi du 22 frimaire an 7 et non à celles fixées par les art. 7 et 8 de la loi du 28 février 1872 invoqué à tort par la Régie, etc. ». Remarquons que, dans cette décision, on a soin de constater qu'il n'y a pas eu cession de clientèle, puisque la Compagnie cessionnaire fait un genre d'affaires tout distinct de celui de la Compagnie cédante ; il y a eu simple cession de nom, de notoriété commerciale. Nous avouerons que cette cession d'un nom, pour une exploi-

(1) Trib. civ., Seine, 10 mars 1882, D. P., 82, 3, 412 ; — confirmé par Cass. civ. rej., 28 mai 1884. D. P., 84, 1, 467 ; Dal. Sup. Rép., v^o cit., n^o 1537.

tation autre que celle à laquelle il était affecté jusqu'à là, est bizarre et peu claire ; mais, en admettant que les conditions relevées par la décision citée soient exactes, nous trouvons que la solution donnée est juridique. Pouvait-on, en effet, parler d'une mutation de fonds de commerce ? il n'y avait, en réalité, ni mutation totale, ni mutation partielle du fonds de la Compagnie cédante qui conservait sa clientèle et l'usage exclusif de son nom pour son exploitation (1).

Ainsi, il peut y avoir des difficultés sur la question de savoir si la mutation considérée est une mutation de fonds de commerce soumise à la loi de 1872 et la solution peut être parfois assez délicate. En principe, toute mutation de clientèle même isolée est soumise à la loi ; quant aux cessions isolées d'autres éléments, elles peuvent échapper à cette réglementation, s'il est bien établi qu'elles sont réellement isolées et qu'elles ne correspondent pas, en fait, à une mutation de fonds de commerce ; l'administration de l'Enregistrement pourra toujours prouver qu'il y a mutation indirecte ou déguisée de fonds de commerce. D'ailleurs, la composition d'un fonds de commerce étant chose essentiellement variable, on pourra considérer comme mutation de fonds une mutation ne comprenant pas les éléments qui, d'ordinaire, rentrent dans la composition de cet objet. Par exemple, tel fonds se compose uniquement de marchandises, l'achalandage et la clientèle n'ayant

(1) V. en sens contraire : la note sous Trib. civ. Seine, 10 mars 1882, précité ; cf. A. Lèbre, n° 10, p. 295 ; Dal. Sup. Rép., v° cit. n° 1537, — une véritable *cession de portefeuille* tomberait au contraire sous le coup de la loi de 1872 : Trib. civ. Seine, 17 fév. 1888, *La Continentale*, Journ. Enreg., 23-288 ; Dal. Sup. Rép., v° cit., n° 1538.

pas de valeur appréciable, on a pu décider que la mutation de ce stock de marchandises était une mutation de fonds de commerce donnant notamment ouverture au droit réduit sur les marchandises neuves (1).

**Section III. — Application des droits et règles
de la perception.**

**§ I. — *Application des droits aux principales valeurs
composant les fonds de commerce.***

Il faut indiquer la base de la tarification pour les principales valeurs qui rentrent dans la notion fonds de commerce.

A) Cession de l'achalandage ou clientèle.

Il n'y a rien de spécial sur ce point ; on applique le droit de 2 %. Toutefois, au cours de la loi, on a fait remarquer, à plusieurs reprises, combien il était difficile de « saisir dans sa transmission la valeur d'une clientèle », que même l'appréciation d'un bien aussi impalpable était le plus souvent impossible. En effet, la preuve de la mutation et des conditions de mutation d'une clientèle pourra être fort délicate, mais l'élément clientèle n'en est pas moins formellement soumis aux droits. Le projet de la Commission ne parlait que de mutations de « fonds de commerce » ; on reconnaissait parfaitement que l'expression achalandage désignait exactement la clientèle d'un établissement commercial.

(1) Dict. des d. d'Enreg., n° 42, Dal. Sup. Rép., v° cit., n° 1554.

Mais, sur la proposition d'un membre de l'Assemblée Nationale, M. Journault, on a ajouté le mot « *clientèles* », « *mutations de fonds de commerce et de clientèles* », pour éviter que l'on n'exclue de l'application de la loi certaines transmissions qui pourraient paraître différentes des transmissions de fonds de commerce proprement dites, par exemple, suivant l'exemple cité dans la discussion elle-même, les clientèles d'agents d'affaires. En principe donc, on soumettra à la loi de 1872 toutes les clientèles commerciales. Quant à la question de savoir si les *clientèles civiles* y sont aussi sujettes, elle sort de notre sujet ; cependant, nous pouvons dire qu'on paraît incliner à leur appliquer aussi ces dispositions (1).

B). *Cession du droit au bail.*

La discussion de la loi a mis parfaitement en relief ce que l'on a voulu atteindre sous l'expression *cession du droit au bail* : c'est le prix véritable de la cession, c'est-à-dire la bonification payée par le cessionnaire au cédant, bonification qui peut consister dans une somme une fois payée ou être constituée par une augmentation des loyers de chaque année ; l'ensemble du montant des loyers est en dehors du prix de la cession (2). Le droit spécial de 2 0/0 ne s'appliquerait pas au cas où il y aurait substitution pure et simple du

(1) Dict. des d. d'enreg., v^o cit., n^{os} 57 et s.; Lèbre, *op. cit.*, p. 301.

(2) Dict. des d. d'enreg., v^o cit., n^o 27; Garnier, *op. cit.*, n^o 11624; A. Lèbre, *op. cit.*, n^o 12, p. 296; Dal. Sup. Rép., v^o cit., n^{os} 1543 et s.; Trib. Seine, 2 mars 1883. D. P., 86, 5, 198; Trib. Seine, 22 fév. 1884. D. P., 84, 3, 103; 23 oct. 1885, D. P., 87, 5, 196.

cessionnaire au cédant pour le bail sans paiement d'une différence au profit du vendeur ; dans ce cas, on appliquerait simplement le droit ordinaire de 20 cent. pour 100 sur le montant cumulé des loyers à payer au propriétaire bailleur. D'ailleurs, même lorsqu'il y a un prix véritable de cession soumis à un droit de 2 0/0, le montant des loyers du bail principal reste passible du droit ordinaire de 20 cent. pour 100 (1).

C). *Cession des objets mobiliers ou autres servant à l'exploitation du fonds.*

Nous ne dirons rien de particulier ; le droit de 2 0/0 s'applique encore ici, mais, la loi apporte une dérogation à ces règles en ce qui concerne « les marchandises neuves garnissant le fonds ».

D). *Cession des marchandises neuves.*

L'art 7 dit : « Ces marchandises ne seront assujetties qu'à un droit de 50 cent. par 100 francs à condition qu'il sera stipulé pour elles un prix particulier et qu'elles seront désignées et estimées article par article dans le contrat ou dans la déclaration. » Que faut-il entendre par ce terme de « marchandises neuves ? » On décide, en général, qu'il faut entendre par là toutes marchandises qui font l'objet direct et usuel du commerce exploité : d'après cela, par exemple, les meubles d'un marchand de meubles d'occasion ne seraient soumis qu'au droit réduit (2) ; cela paraît, en effet, raisonna-

(1) Dict. des d. d'Enreg., v^o cit., n^o 30 ; Dal. Sup. Rép., v^o cit., n^o 1546.

(2) Cf. A. Lèbre, *op. cit.*, p. 300, n^o 14.

ble. On a beaucoup discuté la question de savoir si les *matières premières*, les approvisionnements des usines, devaient être rangés parmi les marchandises neuves au sens de l'art. 7. Dans un certain système, ces objets échapperaient complètement à la loi de 1872, ils ne seraient soumis ni au tarif normal de 2 0/0 ni au tarif réduit de 50 cent. pour 100 et resteraient simplement soumis aux règles communes des transmissions mobilières (1). Cependant on décide en général, et justement, croyons-nous, que la loi de 1872 doit s'appliquer aux *matières premières* avec le droit réduit de 50 cent. pour 100 francs. « La loi a voulu soumettre obligatoirement à l'impôt tout ce qui constitue un établissement commercial, et il serait singulièrement illogique de soustraire à cet impôt les approvisionnements des plus grandes usines alors que les assortiments des plus humbles boutiques y sont assujettis ; il ne serait pas moins illogique de frapper d'un droit énorme de 2 0/0 les matières à fabriquer qui supporteraient cette charge plus difficilement encore que les marchandises de détail (2). »

L'application du tarif réduit aux « marchandises neuves » est soumise à deux conditions : il faut d'abord qu'il soit stipulé pour ces marchandises un prix particulier ; de plus, il faut qu'elles soient « désignées et estimées article par article dans le contrat ou dans la déclaration. » Ce que l'on veut éviter par là, c'est « la confusion entre le prix des marchandises et celui du

(1) V. décisions citées par Dal. Sup. Rép., v^o cit., n^o 1552.

(2) Dict. des d. d'Enreg., v^o cit., n^o 39 ; cf. Garnier, *op. cit.*, n^o 11623 ; Lèbre, *op. cit.*, n^o 14, p. 302.

fonds de commerce lui-même (1). » D'ailleurs, il faut tenir compte de l'esprit de la loi sans s'attacher à des exigences rigoureuses. Ainsi, il n'est pas nécessaire que le détail estimatif se trouve dans l'acte même de vente, il suffit que cet acte se réfère à un acte rédigé séparément dans les conditions régulières (2). De même, quant à la question de détail à fournir, il faut décider d'après les circonstances (3).

Il arrive fréquemment que la prise de possession est ajournée, et que l'acte de vente du fonds contient la clause que le vendeur prendra les marchandises sur le pied de l'inventaire qui sera fait lors de cette prise de possession. Dans ce cas, si les délais d'enregistrement expirent avant l'époque fixée, on suivra provisoirement les règles ordinaires et, notamment, l'application du droit de 2 0/0 ; mais, cette liquidation est sujette à revision et on devra réduire à 50 cent. pour 100 si on a fait dans la suite la justification complémentaire d'une estimation des marchandises, justification qui, dans la solution qui semble prévaloir, doit être faite dans les deux ans de l'entrée en possession.

§ II. — *Des règles de la perception.*

Ces règles concernant les formalités à remplir, les sanctions et pénalités, les preuves des mutations, sont à peu près les mêmes que celles qui sont appliquées aux

(1) Dal. Sup. Rép., v^o cit., n^o 1549.

(2) Dict. des d. d'Enreg., v^o cit., n^o 49 ; Lèbre, *op. cit.*, n^o 15 pp. 302 et s. ; Dal. Sup. Rép., v^o cit., n^o 1349.

(3) Dict. des d. d'Enreg., v^o cit., n^o 47, Lèbre, *op. cit.*, n^o 15 ; Dal. Sup. Rép., v^o cit., n^o 1548.

mutations immobilières; aussi, n'y insisterons-nous pas.

A). *Formalités à remplir.*

Elles sont déterminées par l'art. 8 qui, du moins, indique dans quelles conditions doit se faire l'enregistrement pour les mutations constatées par des actes sous signatures privées et pour les mutations verbales; l'enregistrement des actes authentiques reste soumis aux règles ordinaires de délais. Les actes sous signatures privées doivent être enregistrés dans les trois mois de leur date. A défaut d'acte, il y sera suppléé par des déclarations « détaillées et estimatives », lesquelles doivent intervenir dans les trois mois de l'« entrée en possession » et être faites « au bureau de l'enregistrement de la situation du fonds de commerce ou de la clientèle (1) ». On décide en général que, même lorsque la mutation est constatée par un acte, il faut faire courir le délai de trois mois de l'entrée en possession, si elle est antérieure à la rédaction de l'acte (2). Bref, on assimile complètement à ces points de vue les mutations de fonds de commerce aux mutations immobilières (Cf. art. 22 de la loi du 22 frimaire an 7 et art. 4 de la loi du 29 ventose an 9 relatifs aux mutations d'immeubles).

B). *Sanctions et pénalités.*

1° *Sanctions du retard dans l'exécution des formalités prescrites.* L'art. 8 dit : « à défaut d'enregistrement

(1) Trib. civ. Seine, 12 mai 1893, D. P., 94, 2, 379.

(2) Dict. des d. d'Enreg., v° cit., n° 67 et s.; Lèbre, *op. cit.*, n° 18; Dal. Sup. Rép., v° cit., n° 1563-1560.

dans des délais fixés ci-dessus, il sera fait application des dispositions du paragraphe 1^{er} de l'art. 14 de la loi du 23 août 1871 » ; ce sont les règles des ventes d'immeubles. Le vendeur et l'acquéreur seront tenus personnellement et sans recours, nonobstant toute stipulation contraire, d'un droit en sus qui ne peut être inférieur à 50 francs. On applique également aux cessions de fonds de commerce les dispositions qui permettent au vendeur de s'exonérer de la pénalité en effectuant le dépôt de l'acte ou la déclaration de la mutation dans le délai supplémentaire de un mois (1).

2° *Détermination et sanction des dissimulations* : d'après l'art. 8, sont applicables aux mutations de fonds les dispositions des paragraphes 2 et 3 de l'art. 14 de la loi du 23 août 1871 et celles des art. 12 et 13 de la même loi concernant les dissimulations dans les prix de vente. Ainsi, comme dans les ventes d'immeubles, les dissimulations peuvent être établies par tous les moyens de preuve admis par le droit commun et donnent lieu à une amende du quart de la somme dissimulée (2).

3° *Règles relatives à l'insuffisance du prix*. — Il s'agit d'une déclaration sincère mais jugée insuffisante. Comment pourra-t-on établir l'insuffisance ? L'article 8 admet qu'elle peut être établie par expertise. Ce point a soulevé de vifs débats lors de la discussion de la loi. On objectait que l'expertise serait inquisitoriale et arbitraire, qu'elle permettrait de pénétrer le secret des affaires, et que, au demeurant, il serait toujours très diffi-

(1) Dict. des d. d'Enreg., v^o cit., n^{os} 74 et s.; A. Lèbre, *op. cit.*, n^o 18, pp. 340 et s.; Dal. Sup. Rép., v^o cit., n^o 1566.

(2) Dal. Sup. Rép., v^o cit., n^o 1567; Dict. des d. d'Enreg., v^o cit., n^{os} 12 et s.; Lèbre, *op. cit.*, n^o 19.

cile d'apprécier des éléments très vagues comme une clientèle. Par contre, on répliquait que, du moment que l'on avait admis un droit sur les mutations de fonds de commerce, il fallait donner à l'Administration des moyens de contrôle, dont sans doute elle n'aurait à user que rarement, mais qui ne lui étaient pas moins indispensables pour empêcher des fraudes. « Quant à l'achalandage, disait le rapporteur, c'est avec les inventaires qu'on arrivera à déterminer la valeur du fonds de commerce » « Est-ce que vous croyez, déclarait-il, qu'on va s'introduire dans les familles ? qu'on sera obligé d'entrer dans l'examen des livres de commerce ?... les experts n'ont qu'une chose à demander : c'est le résultat des inventaires qui doivent seuls être communiqués. Cela ne peut avoir aucune espèce d'inconvénient. » Mais, en admettant même le principe de l'expertise, on pouvait très justement observer qu'il ne fallait la permettre que pendant un délai fort court. Le projet de la Commission portait un délai de deux ans, mais, sur de nombreuses observations contre les inconvénients d'un délai aussi étendu, soit au point de vue de la gêne qu'il pouvait apporter au commerce, soit au point de vue de la difficulté d'apprécier à longue distance un fonds dont la composition est essentiellement variable et mobile, le délai fut réduit à trois mois à partir de « l'enregistrement de l'acte ou de la mutation ».

L'art. 8 ajoute : « Il sera perçu un droit en sus sur le montant de l'insuffisance, outre les frais d'expertise s'il y a lieu et si l'insuffisance dépasse un huitième. »

C). Règles de la preuve des mutations.

L'art. 7 prévoit trois sortes de moyens par lesquels on peut suffisamment établir, pour la demande et la poursuite des droits d'enregistrement, la mutation des fonds de commerce.

1° Ce sont d'abord, d'une manière générale, « les actes ou écrits qui révèlent l'existence de la mutation » ; on applique les règles relatives aux mutations secrètes d'immeubles (1).

2° Plus spécialement, ce sont encore les actes ou écrits qui sont destinés à *rendre la mutation publique*. La loi a particulièrement eu en vue les actes de publicité qui, dans l'usage, accompagnent, comme nous l'avons vu, les cessions de fonds de commerce, notamment les annonces dans les journaux, auxquelles il faut joindre tous les autres moyens de publicité : avis, circulaires, prospectus, etc. La preuve contraire est d'ailleurs toujours admise (2).

3° Enfin, l'art. 9 indique un autre moyen de preuve admis pour les mutations immobilières : « l'inscription aux rôles des contributions du nom du nouveau possesseur et les paiements faits en vertu de ces rôles ». Dans la discussion de la loi, on fit remarquer, en s'appuyant notamment sur ce que la patente atteint la personne et non une chose matérielle, qu'il ne fallait pas faire de l'inscription aux rôles un moyen de preuve

(1) Dict. des d. d'Enreg., v^o cit., n^{os} 78 et s.; Lèbre, *op. cit.*, n^{os} 21 et s.; Dal. Sup. Rép., v^o cit., n^{os} 1555 et 1558.

(2) Dict. des d. d'Enreg., v^o cit., n^o 79; Lèbre, *op. cit.*, n^o 22; Dal. Sup. Rép., v^o cit., n^{os} 1555 et s.

absolu, parce qu'un commerçant pouvait être inscrit à la patente à la place d'un autre sans qu'il y ait eu entre eux cession de fonds de commerce. Aussi, pour bien marquer qu'il n'y avait pas là une présomption irréfragable, a-t-on formellement réservé la preuve contraire.

Quant aux diverses circonstances dans lesquelles l'inscription peut servir de preuve et aux faits qui peuvent, à ce point de vue, la confirmer, les solutions varieront suivant les espèces (1).

(1) Dict. des d. d'Enreg. v^o cit., n^{os} 80 et s.; Lèbre, *op. cit.*, n^{os} 23 et s.; Dal. Sup. Rép., v^o cit., n^{os} 1560-1562.

TROISIÈME PARTIE

Des nantissements de fonds de commerce.

PRÉAMBULE

La question que nous abordons maintenant est, on peut le dire, une question neuve. Soulevée dans ces dernières années seulement devant les tribunaux, elle a rapidement engendré de vives controverses à tel point que le législateur, obligé d'intervenir, a dû essayer de la régler et a, dans cette intention, élaboré la loi spéciale du 1^{er} mars 1898. Aujourd'hui qu'elle est directement consacrée par le droit positif, la pratique des nantissements de fonds de commerce, extrêmement favorisée par la législation nouvelle, est naturellement destinée à se développer de plus en plus, ses applications sont d'ailleurs déjà nombreuses et présentent une importance considérable. Cependant, les difficultés qui se rattachent à cette institution sont, à divers points de vue, fort délicates, et, malgré la tentative de réglementation législative que nous signalions, elles restent encore très sérieuses. Ainsi, par son actualité, par sa portée pratique, par sa complexité, la question des

nantissements de fonds de commerce mérite une attention spéciale. Nous essaierons de fixer les particularités qui s'y rattachent sur le terrain du droit et de compléter par là la détermination plus générale de la condition juridique des fonds de commerce. Avant d'exposer la réglementation actuelle, telle qu'elle découle de la loi du 1^{er} mars 1898, nous indiquerons aussi complètement que possible l'état de la question avant la solution légale ; cela nous paraît d'autant plus nécessaire que, pour déterminer cette solution, on s'est à peu près exclusivement rapporté aux applications antérieures, et que, devant une loi très sommaire et tout à fait incomplète, on est obligé de chercher des indications dans les controverses qui en précédèrent l'élaboration.

CHAPITRE PREMIER

LA QUESTION DES NANTISSEMENTS DE FONDS DE COMMERCE AVANT LA LOI DU 1^{er} MARS 1898.

Section première. — Données générales sur l'organisation du crédit mobilier dans notre droit.

La distinction fondamentale de nos lois entre les meubles et les immeubles se trouve à la base de notre organisation du crédit réel. En effet, lorsqu'une personne veut affecter à la garantie de ses obligations des éléments de son patrimoine, les moyens que lui offre la loi ne sont pas dans tous les cas uniformes. Sur les immeubles, on pourra constituer soit un nantissement appelé antichrèse, soit surtout, pour parler du procédé de beaucoup le plus pratique, une hypothèque. En fait de meubles, au contraire, cette dernière voie, l'affectation hypothécaire, se trouve fermée par ce principe de notre droit que les immeubles seuls en sont susceptibles. Notre Code Civil (art. 2118 et 2119) a voulu incontestablement établir cette règle que les meubles, quels qu'ils soient, ne peuvent être l'objet d'une hypothèque, c'est-à-dire du moyen par lequel le débiteur, sans être tenu de se dessaisir de sa chose, la grève d'un droit réel au profit de son créancier. On sait que tels n'étaient pas les principes suivis dans le droit ro-

main et dans certaines de nos anciennes coutumes françaises. Sans entrer sur ces points dans des détails qui sortiraient de notre cadre, il est facile de rappeler d'un mot les raisons qui ont fait exclure chez nous l'hypothèque des meubles. L'art. 2279 Civ. a voulu empêcher que les transactions mobilières, fréquentes dans le commerce, et qui nécessitent une circulation prompte et sûre des biens, ne fussent à tout moment entravées par la nécessité d'informations pénibles et des contestations trop nombreuses ; admettre un droit de suite sur les meubles aurait été, dans beaucoup de cas, faire échec à l'esprit qui avait dicté la maxime : en fait de meubles possession vaut titre ; d'autre part, restreindre l'hypothèque mobilière au droit de préférence, c'était ne laisser souvent qu'une garantie illusoire à ceux qui devaient en profiter. D'ailleurs, même en réduisant l'hypothèque au droit de préférence, il importait, dans l'intérêt du crédit, d'imposer une publicité suffisante à sauvegarder le droit des tiers ; or, cette publicité, comment l'établir en matière mobilière, c'est-à-dire pour des biens qui n'ont pas d'assiette fixe et dont l'individualité peut être difficile à établir ? Toutes ces raisons, il faut le dire, ne s'appliquent pas avec la même force à toutes les catégories de meubles. Ainsi, on pourrait remarquer que la maxime de l'art. 2279 Civ. est étrangère aux meubles incorporels et que cependant cette classe de biens reste incontestablement, comme les autres meubles, exclue du régime hypothécaire. Nous aurons l'occasion d'indiquer les tentatives que l'on a faites plusieurs fois pour introduire des dérogations à une règle générale qui n'est pas dans tous les cas également justifiée, et les essais faits pour

appliquer à certains meubles un régime analogue au régime hypothécaire des immeubles ; comme exemple, nous pouvons d'ores et déjà donner l'institution de l'hypothèque maritime. Mais, pour le moment, il nous faut nous tenir à ce principe formel et indiscutable : pas d'hypothèque sur les meubles.

À défaut de l'hypothèque, le seul mode d'affectation réelle admis pour les meubles est le *nantissement* ou plus spécialement le *gage*, c'est-à-dire, suivant la définition du Code (art. 2071, Civ.), « le contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette ».

Nous ne ferons ici que rappeler l'extension immense qu'a prise l'institution du gage dans la pratique moderne, surtout dans la pratique commerciale, la multiplicité et l'importance de ses applications si on les compare notamment à celles que l'on connaissait au moment de la rédaction de nos Codes ; les développements du crédit mobilier ont suivi cet accroissement de la propriété mobilière qu'il est devenu presque banal de signaler pour notre époque. Ce que nous voulons simplement en retenir, c'est que la législation de nos Codes, faite pour un régime économique et pour une organisation commerciale bien différents des nôtres, s'est trouvée souvent, au point de vue particulier des applications du gage, d'une adaptation difficile pour des cas que l'on ne pouvait guère prévoir au début de ce siècle. Cette constatation, l'étude spéciale des nantissements de fonds de commerce va nous la fournir, mais elle peut être faite pour beaucoup d'autres hypothèses. Avant tout, sans indiquer ici toutes les règles du gage,

il importe de fixer les points principaux au sujet desquels les difficultés ont pu s'élever.

Depuis la loi du 23 mai 1863, on distingue, on le sait, à côté du gage civil le gage commercial, celui qui, d'après l'art. 91 du Code de commerce, est « constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce », c'est-à-dire, en un mot, le gage qui garantit une obligation commerciale. On a voulu, à certains points de vue, simplifier le mécanisme du gage pour la commodité du commerce, tout en respectant les principes généraux de la matière; ce sont ces principes généraux qu'il convient de mettre en relief.

A prendre l'ensemble de la législation tant civile que commerciale, il est un principe qui se dégage facilement, celui-ci que, par nature, tout objet meuble est susceptible de faire l'objet d'un gage, sans qu'il y ait à distinguer, à ce point de vue, entre les meubles corporels et les meubles incorporels (1). Mais, le principe une fois posé, il reste à examiner si le bien que l'on veut donner en garantie est réellement susceptible de satisfaire aux autres conditions exigées par la loi; or, sur ce point, la difficulté est souvent fort délicate.

On peut ranger en diverses catégories les biens auxquels on peut vouloir appliquer le gage. La distinction la plus générale, qui ressort du texte même de l'art. 2075 C. civ., est celle qui sépare les meubles corporels des meubles incorporels. Mais, on trouve dans

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, IV p. 700 § 432, et notes; Vigié, *op. cit.*, t. III, n° 1203; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 256; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, n° 34.

la loi elle-même des sous-distinctions : ainsi, l'art. 2075 Civ. lui-même envisage à part, au moins comme exemple, les créances mobilières, et l'art. 91 du Code de commerce fait encore, pour ces créances, des sous-catégories, en opposant aux créances ordinaires celles qui, constatées par des titres particuliers, sont négociables par les procédés appropriés : transfert, endossement, simple tradition.

Nous laissons de côté les règles de la réalisation du gage pour nous en tenir aux formes de la constitution ; quant à celles-ci, nous restreindrons encore notre examen. Le Code civil a imposé dans tous les cas pour les meubles incorporels (art. 2075) et, pour les meubles corporels, en matière excédant la valeur de 150 francs (art. 2074), la rédaction d'un acte public ou sous-seing privé, dûment enregistré, pour rendre le nantissement valable à l'encontre des tiers ; le Code de commerce (art. 91) rejette, en principe, ces conditions rigoureuses et s'en tient, comme en matière d'aliénation, à la disposition de l'art. 109 C. Com., tout en indiquant, pour les valeurs négociables, des formes spéciales, endossement, transfert en garantie, etc. ; nous ne dirons rien de spécial sur ces diverses formalités. Mais, il en est d'autres qui ont soulevé beaucoup plus de difficultés : elles sont relatives à la publicité du gage et déterminent certaines conditions nécessaires pour que le privilège du gagiste soit opposable aux tiers. Les art. 2076 Civ. et 92 Com. indiquent, dans une formule générale et identique, une de ces conditions, la plus importante. « *Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les*

parties ». C'est la règle de la *mise en possession du créancier*, elle se comprend fort bien au premier abord avec la notion de nantissement ; nous verrons, cependant, qu'en fait elle peut être d'application délicate. Mais, il est une autre formalité que l'art. 2075 Civ. et l'art. 91 C. Com. indiquent, tout au moins pour certaines créances : la signification de l'acte de nantissement au débiteur de la créance donnée en gage. C'est l'application de ces règles particulières qui a soulevé le plus d'embarras, il faut envisager, d'une manière générale, comment les difficultés se présentent sur ces points.

Nous mettrons tout d'abord à part une classe de biens pour lesquels les solutions sont nettes et formelles, les *meubles corporels*. Des deux formalités que nous venons de signaler, la première seule trouve ici son application, mais sans contestation possible. La condition de mise en possession prescrite par les art. 2076 Civ. et 92 Com. souffre sans doute, pour sa réalisation, différents modes ; l'art. 92 du Code de commerce indique, par exemple, certains procédés simplistes pour réaliser la tradition des marchandises données en gage ; mais, la condition reste formelle : il faut que le débiteur soit dessaisi de la chose engagée, que le créancier en ait le saisine soit en exerçant la possession lui-même, soit en l'exerçant par l'intermédiaire d'un tiers. La raison d'être de cette exigence est capitale : d'abord, le dessaisissement du débiteur et la mise en possession du créancier réalisent effectivement le contrat de gage intervenu entre les parties ; une foi nanti, le créancier pourra retenir la chose et la faire servir à la garantie de sa créance ; mais, la mise en possession du gagiste présente un au-

tre intérêt qu'il convient spécialement de relever : elle constitue par elle-même une publicité du nantissement. En effet, comment, en l'absence de toute publication, les tiers seront-ils avertis d'un nantissement qui doit créer un privilège pour le gagiste, c'est-à-dire diminuer le gage commun des créanciers ? Tant que le débiteur a la chose dans ses mains et continue de pouvoir en disposer librement, les tiers doivent naturellement compter que cette chose est un élément libre du patrimoine de leur débiteur et se trouve de droit affectée à la garantie de tous. Au contraire, si le débiteur se dessaisit de la possession pour la transférer à un de ses créanciers, le privilège de ce dernier revêt une apparence, est extériorisé ; c'est là une publicité, rudimentaire si l'on veut, mais ce n'en est pas moins une ; en tout cas, l'esprit de la loi est que cette dépossession du débiteur et cette saisine du créancier sont essentielles (1).

Cette nécessité d'une mise en possession réelle peut être gênante ; elle le sera, notamment, lorsqu'il s'agira d'établir un nantissement sur une chose qui, pour le débiteur, est un instrument de travail ; nous reviendrons dans la suite sur cette idée, nous verrons comment on a dû essayer d'écarter, pour certains cas, la condition du déplacement de la possession. Mais, nous envisageons maintenant l'application directe du nantissement et il est nécessaire de le prendre tel qu'il est en principe, avec les règles qu'il entraîne.

Donc, pour cette première catégorie d'hypothèses,

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 432, p. 705 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 278 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, n° 68 ; Thaller, *Traité*, n° 898.

gage de meubles corporels, la détermination des formalités à suivre est très simple ; ce sont, en effet, les applications que le Code civil avait principalement en vue lorsqu'il organisait les règles générales de la matière.

Une autre catégorie de biens que nos Codes envisagent distinctement, ce sont les créances. Dans l'art. 2075, le Code civil impose une formalité spéciale, la signification du nantissement au débiteur de la créance donnée en gage, signification qui est conservée en matière commerciale, du moins pour les créances autres que les valeurs négociables, au porteur, à ordre ou nominatives (art. 91 Com.). L'utilité de cette signification se comprend, elle est destinée à permettre aux intéressés de s'informer, tout comme en matière de transport de créances (art. 1690 Civ.). Plus délicate est la question de savoir s'il faut appliquer au nantissement de ces créances prévues par l'art. 2075 Civ. la condition de mise en possession exigée, pour tous les cas, par les art. 2076 Civ. et 92 Com. Certains auteurs ont voulu faire de la signification une formalité se suffisant à elle-même (1) ; au contraire, la jurisprudence et la plus grande partie de la doctrine admettent, avec raison selon nous, qu'indépendamment de la signification il faut une remise du titre constatant la créance ; les art. 2076 Civ. et 92 Com. parlent en termes généraux et semblent bien avoir voulu se référer à la tradition ancienne pour ce qui concerne les créances ; il en résultera cette conséquence pratique que le nantissement d'une créance non constatée par un titre est impossible à réaliser (2). Ce que

(1) Colmet de Santerre, *Cours analyt. de C. civ.*, t. VIII, n° 302 bis, pp. 369 et s. ; Vigié, *op. cit.*, t. III, n° 1209 ; Thaller, *op. cit.*, n° 901.

(2) Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* ; Baudry, Lacantinerie et de Loynes,

nous voulons surtout relever, c'est que déjà une catégorie d'hypothèses que le législateur a spécialement prévues soulève pas mal d'embarras ; ils ne feront que croître lorsqu'il s'agira d'applications beaucoup plus spéciales. Par exemple, pour signaler une hypothèse qui se rapproche beaucoup de celles que nous aurons à envisager pour les fonds de commerce, comment pourra-t-on donner en gage un droit au bail, en supposant, bien entendu, que ce droit a une valeur supérieure à la prestation que doit payer le preneur, ce qui se rencontrera surtout pour les locations faites en vue d'une exploitation commerciale ? En reconnaissant au droit du preneur le caractère d'un droit personnel, le droit au bail forme une créance mobilière pour l'engagement de laquelle la signification prescrite par l'art. 2073. Civ. est évidemment nécessaire ; mais, en outre de la signification au bailleur, comment régler la condition de mise en possession ? La question est délicate ; il semblerait assez naturel d'exiger que le gagiste ou un tiers pour lui occupât réellement les lieux loués (1). Cependant, telle n'est pas la doctrine commune ; ce qui est donné en gage, dit-on, c'est la créance de jouissance du preneur, c'est-à-dire un droit incorporel qui doit, de ce chef, être soumis aux seules conditions prescrites pour les créances ordinaires : la remise de l'acte de bail, titre de la créance, est seule nécessaire (2). Sans doute, au point de vue des prin-

op. cit., nos 74 et s. ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 280 ; Cass. civ., 20 janvier 1886. D. P., 86, 1, 406. S. 86, 1, 305 et note Lyon-Caen.

(1) V. en ce sens Lyon, 1^{er} déc. 1837, sous Cass. civ., 13 avr. 1859. D. P., 59, 1, 467.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 706 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n° 80 ; Guillouard, *Du nantiss.*, n° 92 ; Cass. civ., 13 avr. 1859,

cipes stricts, cette dernière solution peut s'accorder avec les exigences de la loi, mais il est difficile de penser qu'elle soit absolument conforme à son esprit. En tout cas, on voit qu'il y a beaucoup d'incertitude sur la portée exacte des règles légales. Les difficultés sont loin de diminuer lorsqu'il s'agit d'appliquer le gage à des valeurs, telles que des brevets d'invention, des droits de propriété littéraire, des droits successifs, qui sortent de la classe des objets principalement envisagés par nos Codes. Sans doute, la loi admet bien en principe que tous les meubles, même incorporels, peuvent faire l'objet d'un nantissement, mais comment remplir pour ces biens si spéciaux les formalités nécessaires? Qu'on n'exige point la signification prescrite pour les créances, lorsque cette formalité ne peut s'accomplir et ne répond à rien, comme pour le nantissement d'un brevet d'invention, d'un droit de propriété littéraire, cela peut être admis sans difficulté (1). Mais, comment réaliser le déplacement de possession? On tournera la difficulté, en général, lorsque les droits incorporels engagés seront, en quelque sorte, représentés par un titre ou un objet matériel; ainsi, pour des brevets d'invention, on se contentera de la remise de l'acte de brevet (2), pour des droits de propriété littéraire ou artistique de la re-

précité; Grenoble, 4 janv. 1860. D. P., 60, 2, 190; Req., 6 mars 1861. D. P., 61, 1, 417; Paris, 31 mai 1866. D. P., 67, 2, 10.

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, § 432, p. 705; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n° 66; Guillouard, *op. cit.*, n° 115; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, nos 283 et s.

(2) Pouillet, *Traité théor. et prat. des brevets d'invention*, n° 201; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 283; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n° 78; Paris, 29 août 1865. D. P., 66, 2, 231. S. 66, 2, 24; — *Contra* : Thaller, n° 902.

mise du manuscrit, des planches gravées, du tableau, etc.; en un mot de l'objet matériel qui sert à la reproduction (1); de même, pour des droits successifs mobiliers à exercer dans une succession testamentaire non encore liquidée, on regardera comme suffisante la remise du testament (2). Mais, en admettant ces divers expédients, comment y suppléer lorsque, faute d'un titre, d'un objet matériel exprimant le droit, pour des droits successifs dans une succession *ab intestat* par exemple, ces expédients ne seront plus applicables (3)?

Si nous soulignons ces diverses applications du gage et les difficultés qu'elles soulèvent, c'est que nous allons retrouver des applications et des difficultés analogues pour le nantissement des fonds de commerce.

Nous n'avons voulu donner qu'une idée très générale de l'organisation du crédit mobilier dans notre droit. Il importait de signaler combien il peut être difficile d'adapter les solutions étroites de nos Codes à d'autres hypothèses que celles qu'ils ont eues principalement en vue; combien, alors même qu'on arrive à concilier les textes avec les tendances de la pratique au développement progressif du crédit réel, les systèmes auxquels on est forcé d'aboutir restent souvent défectueux et incommodes. Ainsi, la nécessité de la mise en possession du créancier, qui est une condition fonda-

(1) Pouillet, *Tr. de la prop. litt.*, n° 198; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 284; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n° 79; Paris, 15 janvier 1874. D. P., 75, 2, 43. S. 76, 2, 10.

(2) Note Lyon-Caen sous Cass., 19 fév. 1894. S. 94, 1, 273; Guillouard, *op. cit.*, n° 93; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n° 34.

(3) Cass., 19 fév. 1894, précité, et note Lyon-Caen; Guillouard, *op. et loc. cit.*; Cf. en sens contraire: Trib. civ. Seine, 12 nov. 1890, et Paris, 19 déc. 1891, Dal. Sup. Rép., v° *Nantissement*, n° 39, et Paris, 25 février 1889 Dal. Sup. Rép., eod. v°, n° 93.

mentale du gage, se comprend très bien en principe, et, dans beaucoup de cas, peut satisfaire à sa raison d'être ; mais, dans combien d'autres hypothèses, lorsque notamment à une tradition réelle on supplée par une tradition symbolique souvent imaginaire et illusoire, n'est-on pas loin du résultat poursuivi ?

Les débats auxquels ont donné lieu, dans la pratique, les nantissements de fonds de commerce vont être pour nous une preuve notable de l'insuffisance du système ordinaire du gage. Que l'on ait essayé ce genre de nantissements, cela ne doit pas surprendre à une époque où l'on veut affecter au crédit tous les éléments du patrimoine ; d'ailleurs, la nature mobilière des fonds, selon la notion commune que nous connaissons, rendait le recours au gage nécessaire. Que l'on ait, dans cet essai, rencontré beaucoup d'embarras, nous pouvons aisément le soupçonner, puisque nous connaissons la nature essentiellement imprécise et complexe de cette catégorie de biens ; à cela il faut ajouter que la fonction même d'un fonds de commerce se prête mal à une dépossession réelle de l'exploitant qui veut l'engager. Ces notions diverses se dégageront de l'examen de la controverse qu'il nous faut maintenant aborder pour en déterminer les données principales et les indications qu'elle pouvait fournir pour une législation nouvelle.

Section II. — La question des nantissements de fonds de commerce devant les tribunaux.

Ce n'est que très récemment, dans les dix dernières années surtout, que la question des nantissements de fonds de commerce a été posée nettement devant les

tribunaux. Un arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation, du 13 mars 1888, est une des premières décisions qui l'aient formellement envisagée et résolue. Depuis, la controverse s'aviva, les jugements et les arrêts se multiplièrent ; la pratique soulevait avec insistance le problème, mais la difficulté était sérieuse, et l'on ne tarda pas à voir se produire un conflit très net entre la jurisprudence civile et la jurisprudence consulaire. Nous avons à dire comment le débat fut soulevé et entretenu.

Avant le procès qui donna lieu à l'arrêt de la Chambre des Requêtes auquel nous venons de faire allusion, il ne semble pas que la question ait été sérieusement suscitée devant les tribunaux. On peut cependant citer un arrêt de la Cour de Paris du 26 juillet 1852 (1), qui prévoit une difficulté analogue à celles sur lesquelles on devait plus tard tant discuter. Il s'agissait, dans l'espèce, d'un boulanger qui avait donné en nantissement à l'un de ses créanciers son numéro, c'est-à-dire la permission de police qui lui octroyait le droit d'exercer sa profession, et, en même temps, son fonds de commerce avec l'achalandage. Le constituant se borna, semble-t-il, à signifier le nantissement au préfet de police et au syndicat de la boulangerie, et continua à exploiter son établissement comme par le passé. Dans ces conditions, on se demandait si le nantissement avait été accompagné des formalités voulues. La Cour de Paris décida qu'il n'y avait pas là de nantissement valable, ni pour la permission de police, faculté personnelle et révocable, ni pour le fonds de commerce

(1) D. P., 52, 2, 218, et note.

lui-même, car, « puisque l'industrie n'a pas cessé d'être aux mains du débiteur et exercée par lui, le contrat manque des conditions de dépossession qui sont les éléments du privilège. » Une tradition plus ou moins symbolique ne suffit donc pas, il faut un dessaisissement réel du constituant.

D'autres décisions, notamment un arrêt de la Cour de Cassation du 13 avril 1859 que nous avons déjà signalé, ont sans doute statué pour des hypothèses voisines où il s'agissait d'un contrat de gage sur le droit au bail affecté à une exploitation commerciale, et nous avons dit comment la Cour de Cassation avait admis qu'il suffisait de remplir les formalités prescrites pour le nantissement des créances mobilières (remise du titre et signification) ; mais, la question se bornait au nantissement d'un droit au bail isolé, sans qu'on parlât plus généralement de fonds de commerce (1).

Au contraire, c'est cette notion plus large que l'on eût bien plus tard à envisager et, d'abord, dans une pèce dont les circonstances sont à relever, parce qu'elle est restée le principal type sur lequel on a raisonné dans la suite.

Voici l'hypothèse : en 1881, un sieur Robin voulut acquérir un établissement exploité à Cannes sous le nom de Splendide-Hôtel. Pour payer sur le prix de son acquisition un à-compte de 40 000 francs, l'acheteur contracta un emprunt en garantie duquel il donna à son prêteur le fonds de commerce même qu'il acquerrait, c'est-à-dire l'établissement en bloc comprenant « la clientèle, l'achalandage, le droit au bail de l'im-

(1) V. note sous Cass., 13 avr. 1859. D. P., 59, 1, 167.

l'immeuble, et le matériel servant à l'exploitation ».

Quelles furent les formalités suivies pour la réalisation de ce nantissement ? L'acte fut passé par acte notarié, de plus, et c'est ce qu'il importe de remarquer, le constituant remit d'une part au gagiste les titres établissant ses droits à la propriété du fonds, et signifia d'autre part le nantissement au bailleur de l'immeuble où l'hôtel était exploité. Ces formalités, dans l'esprit des parties, devaient dispenser le constituant de se dessaisir de son fonds dont il pouvait continuer l'exploitation. Dans la suite, survint la faillite de l'emprunteur ; le gagiste prétendit avoir un privilège sur le prix du fonds, le syndic le contesta. La difficulté fut tour à tour portée devant le tribunal de commerce de Grenoble, la Cour d'Appel, et la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation (1).

Le tribunal de commerce de Grenoble, dans son jugement du 7 août 1885, déclare que le fonds de commerce envisagé ne peut être assimilé à un meuble incorporel, parce que le mobilier et le matériel industriel l'emportaient de beaucoup en valeur sur les droits immatériels, droit au bail, achalandage, nom commercial. Or, le traitement à faire à un fonds de commerce doit être déterminé d'après le caractère de ses éléments principaux ; en l'espèce, il n'y a donc aucune raison de suivre les règles du nantissement des choses incorporelles ; ce n'est pas une tradition symbolique,

(1) Trib. comm. Grenoble, 7 août 1885 ; Grenoble, 16 avril 1886 ; Cass. req., 13 mars 1888. S. 88, 1, 302. D. P., 88, 1, 351 et note ; Pand. fr., 88, 1, 33 et note ; Annales de d. com., 88, p. 171 ; J. trib. com., t. XXXVIII, n° 11651, p. 160 ; cf. Magnier et Pruvost, *Du nantissement constitué sur les fonds de commerce* (1895), pp. 13-20.

mais une mise en possession réelle, effective, qui est nécessaire, et, puisque celle-ci fait défaut, le privilège ne peut être admis.

Par arrêt du 16 avril 1886, la Cour de Grenoble infirma ce jugement. Elle semble ériger en principe que le fonds de commerce, envisagé comme un ensemble d'éléments divers, forme un droit incorporel et doit être traité comme tel. Cependant, d'autre part, l'arrêt paraît se rattacher aussi à des considérations d'espèce. L'affirmation des premiers juges, que dans le fonds envisagé ce sont les biens matériels qui sont principaux, est inexacte ; au contraire, « on peut dire que dans la cause l'élément essentiel du fonds de commerce du Splendide Hôtel est le local où ce fonds est exploité et connu, local dont la jouissance est assurée par le bail seul ; que, le fonds de commerce formant un *universum jus* non susceptible de démembrement, il est rationnel de considérer la partie matérielle de ce fonds comme un accessoire inséparable du droit au bail ». Dans ces conditions, les formalités suivies ont été suffisantes : la remise des titres de propriété est le seul mode possible de mise en possession, puisqu'il s'agit d'une chose incorporelle ; d'autre part, la signification faite au bailleur a complété régulièrement cette première formalité, puisque c'est cette créance de jouissance du bail qui est l'élément principal du fonds et que, en outre, le droit au bail seul implique un débiteur auquel une telle signification puisse être faite selon l'art. 2075 Civ.

Le pourvoi formé contre l'arrêt de Grenoble fut rejeté, par la Chambre des Requêtes, dans une décision du 13 mars 1888 qui est, à notre connaissance, la seule

décision de la Cour Suprême pour la question qui nous occupe. Nous tenons à reproduire les termes même dans lesquels la Cour énonçait une doctrine qui devait avoir sur le développement de la controverse une influence capitale :

« Attendu, dit l'arrêt, que le dit fonds de commerce (l'établissement d'hôtel) constituait une *universalité juridique* composée d'éléments divers dont les uns, le matériel et le mobilier, étaient des meubles corporels, et dont les autres, le titre, l'achalandage et le droit au bail, avaient le caractère de meubles incorporels ;

Attendu que la partie essentielle d'un fonds de commerce *de cette nature* est l'enseigne, l'achalandage et le droit au bail, que ce sont principalement ces éléments qui le constituent, et que le mobilier proprement dit n'est qu'un instrument de son exploitation ;

Attendu d'ailleurs que l'arrêt attaqué déclare que, dans l'espèce, rien ne permet d'attribuer au mobilier et au matériel une valeur supérieure à celle des autres éléments du fonds de commerce, objet du nantissement ; qu'en jugeant dans ces circonstances que le dit fonds de commerce, pris dans son ensemble, était un meuble incorporel, la Cour de Grenoble n'a violé aucune loi ;

Attendu que, lorsque la chose donnée en gage est incorporelle, pour opérer la constitution du nantissement et la création du privilège, il faut mais il suffit : 1° que le créancier gagiste ait signifié l'acte de nantissement au débiteur de la chose engagée ; 2° que celui qui constitue le gage ait remis au créancier gagiste le titre établissant son droit sur la chose engagée ; que dans ce cas, en effet, la tradition matérielle étant im-

possible, la mise et le maintien en possession du gage, exigés par l'art. 2076 Civ., résultent de la remise et de la détention du titre aux mains du créancier ;

Attendu que, lorsque ce titre est un acte authentique, ce serait ajouter à la loi que d'exiger la remise de la grosse ; que la remise d'une expédition suffit, pour opérer le dessaisissement du débiteur et l'investissement du créancier, et satisfait aux prescriptions légales, etc. ».

Conformément à ces principes, la Cour décide que les parties ont régulièrement créé et conservé le privilège du gagiste par la remise à ce dernier de l'expédition de l'acte notarié établissant les droits du constituant sur le Splendide Hôtel, ainsi que par la signification de l'acte de nantissement au propriétaire de l'immeuble.

On voit comment l'arrêt applique nettement cette notion de bloc, d'universalité à nature intégrale et unique, que nous avons plusieurs fois signalée ; ce sont les éléments principaux du fonds qui donnent à l'ensemble leur caractère, en entraînant à eux les valeurs accessoires ; dans l'espèce, étant donnée la nature du fonds envisagé, ce qui domine ce sont les éléments incorporels, le bloc est donc incorporel et, de ce chef, soumis aux règles du nantissement des meubles de cette nature. Il en serait autrement, et il faudrait logiquement s'en tenir à des règles différentes, à celle notamment de la mise en possession réelle et effective, si ce qui dominait dans le fonds c'était les biens corporels (1).

Nous pouvons constater combien la doctrine de la

(1) Cf. Magnier et Pruvost, *op. cit.*, pp. 22 et 23.

Cour de Cassation est favorable à la pratique du nantissement pour les hypothèses analogues à celle sur laquelle elle a statué : il suffit, en effet, que l'on puisse reconnaître au fonds le caractère d'une universalité incorporelle, pour qu'aussitôt les seules formalités exigées soient des formalités très simples et peu gênantes, le constituant pouvant garder en ses mains son établissement et continuer à le gérer. Eminemment avantageuse pour l'exploitant, une telle doctrine était-elle aussi satisfaisante en ce qui concerne le crédit public, l'intérêt des tiers ? Ce fut là le nœud du débat qui, à la suite de l'arrêt de 1888, se poursuivit dans la jurisprudence ultérieure. On ne tarda point à voir se dessiner deux courants contraires et se fonder deux systèmes opposés. La juridiction consulaire se prononça bientôt contre une pratique dont elle apercevait les dangers et, dès lors, résista opiniâtrement, sans jamais fléchir, à l'introduction dans le crédit d'un système de nantissements dépourvus de l'apparence qui lui paraissait imposée par la loi et les besoins de la pratique. Au contraire, la jurisprudence des Cours d'Appel s'inspira de l'arrêt de la Chambre des Requêtes, quelquefois même en força l'esprit, pour consacrer, en général, un mode de nantissement commode et facile. C'est surtout dans la pratique de Paris que l'on a vu se développer ces procédés nouveaux de gage ; aussi, la controverse s'agita-t-elle surtout entre le tribunal de commerce de la Seine et la Cour d'Appel de Paris.

Les espèces que nous présentent les recueils de jurisprudence sont généralement assez semblables entre elles. C'est toujours un fonds de commerce considéré

in globo avec ses éléments ordinaires, clientèle, droit au bail, mobilier, marchandises. L'hypothèse la plus commune est celle de nantissements sur des fonds de commerce de marchands de vins ; il paraît que c'est surtout dans le quartier de Bercy que s'est propagée cette pratique (1). Le marchand engage au capitaliste prêteur son fonds, clientèle, matériel et ustensiles d'exploitation, stock de marchandises ; le gage englobe le droit au bail, dont l'avantage, pour le gagiste, se trouve fréquemment, au moins pour une bonne partie, dans les loyers d'avance qui ont déjà été payés au bailleur et qui sont en général imputables sur les derniers mois de la jouissance. L'emprunt a été souvent contracté pour acquérir le fonds lui-même ; souvent même, le vendeur du fonds n'a accordé des délais que sous le bénéfice d'un tel nantissement. Bien entendu, le commerçant qui engage ainsi son fonds en conserve la possession et l'exploite librement ; il se contente de remplir les formalités que nous connaissons : remise des titres au gagiste, signification au bailleur. Survient la faillite, plus d'une fois elle suit de très près l'acte de nantissement, et le conflit s'élève entre la masse et le prétendu gagiste.

Il nous faut indiquer à l'aide de quels principaux arguments tribunaux de commerce et Cours d'appel soutenaient en sens contraire la controverse.

Le tribunal de commerce de la Seine, appelé à se prononcer sur la validité de nantissements constitués sur un fonds de commerce, parut d'abord se ranger à la doctrine de l'arrêt des Requêtes. C'est ainsi que, dans un

(1) Cf. *Annales de droit Com.*, 98, p. 330.

jugement du 5 juin 1891, le Tribunal emprunte presque textuellement les termes de l'arrêt du 13 mars 1888, pour valider un nantissement constitué avec les seules formalités de la remise des titres et de la signification au bailleur (1).

Mais, depuis ce jugement, la jurisprudence du tribunal s'est ressaisie, et, à notre connaissance, parmi toutes ses décisions postérieures, ainsi d'ailleurs que parmi les décisions des tribunaux consulaires de province, il n'en est aucune qui ait accepté des nantissements avec ces expédients particuliers ; toutes, au contraire, se sont refusées à valider dans de telles conditions un privilège du gagiste (2).

(1) Affaire Hartmann c. syndic. faillite Rodez, D. P. 93, 2, 108 ; Ann. de Dr. Com., 92, p. 235, Pand. fr. 93. 2. 197 ; J. trib. com., 93, n° 12572, p. 411.

(2) Trib. com. Seine, 9 janvier 1892 (Dupuis, c. syndic. faillite Buard), J. trib. com. 1893. n° 12492, p. 162 et note ; 24 août 1893 (Bresson, c. syndic faillite Deloy), J. trib. comm. 1895, n° 12993, p. 35 ; — Trib. com., Saint-Etienne, 10 janvier 1894 (Martel, c. liquid. judic. Vinzio), J. Trib. com. 1895, n° 13287, p. 809 ; — Trib. com. Seine, 4 août 1894 (Ligneau, c. Boulé), sous Paris, 4 janvier 1896, J. trib. com. 1896, n° 13473, p. 507. S. 97, 2, 89 ; 13 déc. 1894 (Moullé, etc., c. syndic faillite Dutillet), J. trib. com. 1896, n° 13342, p. 84, Ann. de Dr. com., 95, pp. 58 et s. ; 26 février 1895 (Meichler, c. syndic. faillite Martinon), S. 97, 2. 89, Pand. fr. 95. 2. 199, J. trib. com. 96, n° 13342, p. 84 ; 16 août 1895 (Abadie-Colin, c. syndic faillite Henry), J. trib. com. 96, n° 13396, p. 254 ; 21 nov. 1895 (Génier, etc, c. Astier frères), J. trib. com. 1897, n° 13663, p. 88 ; 18 janvier 1896 (Certon-ciny, c. Pottier). S. 97. 2. 89, J. trib. com. 1897, n° 13699, p. 173 ; 6 mars 1896 (Segaud c. Meindre), Gaz. pal., 96. 1. 591 ; 26 juillet 1894 (Clément, c. syndic faillite Multin) sous Paris, 6 juin 1896. D. P. 96. 2. 471, J. trib. com. 97, n° 13753, p. 332 ; Gaz. Pal. 96. 2. 232 ; 15 juin 1897 (Syndic faillite Robert c. époux Biguenet), sous Paris, 9 mars 1898, J. trib. com. 98, n° 14160, p. 561 ; — Trib. com. Lyon, 10 mai 1898, Ann. de Dr. Com. 98. B. j. p. 352 ; — Trib. com. Seine, 28 oct. 1896 (Léger, c. faillite Cabridens), sous Paris, 7 nov. 1898, Gaz. Pal. 6 déc. 1898, n° 340.

Dans cette opposition de la juridiction consulaire à la pratique des nantissements que l'on peut appeler nantissements symboliques, la raison que les jugements mettent d'ordinaire en avant et d'une façon très énergique, c'est qu'en fait de gage la loi, par les art. 2076 Civ. et 92 Com., a impérieusement prescrit le dessaisissement du débiteur et la mise en possession du créancier ; ces mesures constituent au premier chef une publicité du gage, publicité protectrice de l'intérêt des tiers et sauvegarde du crédit. Peu importe, en somme, la nature juridique exacte du fonds de commerce, mais, c'est véritablement dénaturer la loi que de considérer une tradition tout à fait symbolique, remise de titres et signification, comme l'équipollent d'une tradition réelle ; peut-on dire que le débiteur est véritablement dessaisi lorsqu'il continue à exploiter lui-même, en son nom personnel, le fonds qu'il a prétendu engager ? à admettre une telle fiction, le nantissement devient une surprise désastreuse pour les tiers qui, ignorant l'engagement de cette portion considérable de l'actif, ont donné leur confiance au commerçant.

Il nous paraît utile de reproduire, dans cet ordre d'idées, quelques-uns des motifs d'un jugement du tribunal de commerce de Saint-Etienne, du 10 janvier 1894 (1), dont les termes ont été plusieurs fois cités à cause de leur netteté et de leur vigueur d'expression.

Le Tribunal rappelle la règle impérative tant de la loi commerciale (art. 92 Com.) que de la loi civile (art. 2076 Civ.), qui veut, tant qu'elle est possible, la mise en posses-

(1) V. ci-dessus, et Magnier et Pruvost, *op. cit.*, pp. 44 et s.

sion du gagiste. Ces principes doivent naturellement s'appliquer aux fonds de commerce. « La *fiction juridique* qui assimile un fonds de commerce à un droit incorporel ne peut empêcher que ce fonds ne soit inséparable des éléments matériels qui font connaître son existence aux tiers ; un fonds de commerce constitue au premier chef un *actif apparent* sur l'importance duquel les tiers règlent généralement leur crédit ; c'est donc aller contre les principes fondamentaux de la loi du gage que de considérer comme valable la dation en gage d'un fonds de commerce dont le débiteur conserve la possession et continue l'exploitation, sans qu'aucun signe extérieur avertisse les tiers que cet élément d'actif ne fait plus partie du patrimoine de celui qui est appelé à devenir leur débiteur ». La tradition symbolique, que l'on veut adopter comme expédient, ne saurait, dans l'esprit du tribunal, suppléer à la tradition effective voulue par la loi, « car, dans une matière de privilège, il est impossible de procéder par voie d'équipollents ». « Un principe certain domine en matière de gage, qu'il faut que le débiteur se dessaisisse et de plus se dessaisisse *ostensiblement* ; que par sa dépossession le débiteur fasse sortir la chose de ses mains et que ce passage annonce aux tiers qui ont à traiter avec lui qu'il est appauvri de cette chose ; la sécurité du commerce exige que ce déplacement montre la mesure du crédit qu'il convient d'attribuer au débiteur ; dès lors, de deux choses l'une : ou la tradition matérielle de l'objet remis en gage est impossible, parce que cet objet ne se prête pas à une appréhension physique et alors l'objet dont s'agit ne peut entrer dans la combinaison d'un contrat de gage ; ou cette tradition matérielle est possi-

ble et alors la chose proposée en nantissement peut faire l'objet d'un contrat de gage ; mais dans ce cas, elle doit pendant toute la durée du contrat être possédée par le créancier gagiste ; si spécialement une créance peut faire, quoique meuble incorporel, l'objet d'un contrat de gage, c'est précisément parce que cette créance est représentée par le titre qui la constitue, que ce titre peut être remis aux mains du créancier à qui il est donné en gage et qu'une fois dépossédé du titre, le débiteur gagé ne peut plus l'utiliser pour s'en faire un élément de crédit. » Le nantissement d'un fonds de commerce, sans déposition du débiteur qui continue l'exploitation sans aucun avertissement pour les tiers, est une véritable anomalie (1).

On fait remarquer, d'autre part, qu'une signification au bailleur n'avertit surtout que ce créancier qui, en vertu de la loi même, est muni de privilèges et de garanties spéciaux ; à vouloir une signification, il la faudrait pour tous les créanciers du constituant intéressés au plus haut chef à connaître exactement la situation de son patrimoine (2).

A quelles fraudes ne prêtent pas d'ailleurs des combinaisons comme celles que l'on voudrait admettre ? qui ne voit, par exemple, qu'avec le système qui se contente de la tradition d'une expédition de l'acte établissant les droits du constituant sur le fonds engagé, si cet acte est authentique, le débiteur, disposant de plusieurs expéditions, pourra établir sur son fonds plusieurs nantis-

(1) V. considérations analogues dans un jug. longuement motivé du Trib. com., Seine, 21 nov. 1895, J. trib. com. 97, n° 13663, p. 88.

(2) Trib. com. Seine, 21 nov. 1895, précité.

sements occultes qui se neutraliseront les uns les autres (1) ?

Certains jugements signalent comment, en admettant même contre toute raison le nantissement symbolique, le droit qu'il donnerait au gagiste serait facilement amoindri, anéanti même peut-être, par les droits du bailleur en mesure, dans certains cas, de faire résilier le bail et muni d'ailleurs d'un privilège sur les objets mobiliers qui garnissent les lieux loués (2).

Quelquefois même, dans la voie de la résistance, certains jugements sont allés jusqu'à poser, que non seulement le nantissement d'un fonds de commerce était nul lorsque les conditions voulues par la loi n'avaient pas été remplies, mais que même la réalisation de ces conditions était juridiquement impossible. Il convient de relever, dans ce sens, les motifs d'un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 18 janvier 1896, qui sont tout à fait topiques (3). Pour une espèce où c'est un vendeur qui avait reçu le fonds vendu en nantissement, le tribunal se demande quelles seraient les conséquences du dessaisissement du constituant, en supposant que le fonds ait été remis soit à un créancier, soit à un tiers convenu. « Attendu que, dans l'un et l'autre cas, la gestion devrait appartenir soit au créancier, soit au tiers convenu, car, autrement, il n'y aurait pas dessaisissement ; que dans le premier cas le créancier ne saurait gérer pour son compte, car, ce faisant, il ferait acte de propriétaire et n'aurait point livré la chose cédée ; que

(1) Trib. com. Seine, 13 déc. 1894, précité.

(2) Trib. com. Seine, 13 déc. 1894 ; 16 août 1895 ; 21 nov 1895, précités.

(3) Trib. com. Seine, 18 janv. 1896, précité.

le contrat de vente n'aurait pas été accompli ; Attendu que, d'un autre côté, il ne saurait gérer aux risques et périls de son successeur sans être le mandataire de celui-ci, ce qui rendrait fictif le dessaisissement ; que, dans la dernière hypothèse, le tiers convenu mandataire des deux parties quant au dépôt ne serait également que le mandataire du débiteur quant à la gestion et que la situation serait identique à la première hypothèse ; Attendu, en outre, que l'on se demande, dans l'un et l'autre cas, quelle serait la situation des tiers qui feraient confiance au fonds de commerce et s'il serait possible d'admettre vis-à-vis de ces tiers la responsabilité du titulaire du fonds dessaisi de son administration, spectateur des fautes commises, mais incapable d'intervenir sans faire cesser le dessaisissement, condition essentielle du nantissement ; que l'on arriverait à cette situation incompréhensible d'un fonds de commerce appartenant à un titulaire irresponsable et administré par un gérant également irresponsable, qui n'aurait que la qualité de dépositaire ». « Dès lors, conclut le jugement, si le nantissement d'un fonds de commerce sans dessaisissement est nul comme contraire aux prescriptions de la loi en matière de gage, ce nantissement avec dessaisissement et également nul comme constituant la condition impossible prévue par l'art 1172 Civ. ».

En général cependant, les juges consulaires ne se sont prononcés que sur la question de validité d'un nantissement sans dépossession réelle, mais du moins, sur ce point, leur solution est ferme et certaine : quelle que soit la forme employée, alors même, par exemple, que le

nantissement serait déguisé sous une vente à réméré (1), il n'y a pas de privilège opposable aux tiers si le constituant a conservé effectivement la possession de son fonds.

La jurisprudence des Cours d'appel, à l'encontre de cette hostilité si tranchée des juridictions consulaires, s'est montrée au contraire très favorable à la pratique des nantissements symboliques des fonds de commerce. Elle les a validés dans la plupart des cas, en s'inspirant de la solution qu'avait indiquée l'arrêt des Requêtes du 13 mars 1888. Considérer le fonds de commerce comme un ensemble indivisible de nature incorporelle, exiger alors, non pas une mise en possession réelle et matérielle, mais seulement les formalités spéciales de la remise des titres et de la signification au bailleur s'il y a lieu, telle fut la solution ordinaire donnée, notamment, par la Cour de Paris qui, à ce titre, infirmait régulièrement les décisions du tribunal de commerce de la Seine (2).

(1) Lyon, 10 mai 1898, précité.

(2) V. comme décisions ayant validé les nantissements : Paris, 21 juillet 1892 (Hartmann c. Rodez), D. P. 93. 2. 108, Pand. fr. 93. 2. 197, J. trib. com. 1893, n° 12572 p. 411 ; — Lyon, 14 mars 1895 (Martel c. liquid. Vinzio), infirm^t Trib. com. St-Etienne, 10 janvier 1894, précité, J. trib. com. 96. n° 13569. p. 696, S. 97. 2. 89 ; — Trib. civ. Seine, 13 nov. 1894 (Moureaux frères c. Lachènal), Ann. de dr. com. 95. J. pp. 28 et s. ; — Paris, 22 juillet 1896, infirm^t Trib. com. Seine, 13 déc. 1894, précité, J. trib. com. 1897, n° 13760 p. 373 ; — Trib. civ. Seine, 15 janvier 1895 (Connault, etc, c. Moullé), S. 97. 2. 89, Ann. de dr. com. 95. J. p. 60 ; — Paris, 7 août 1897, infirm^t Trib. comm. Seine, 21 nov. 1895, précité, J. trib. com. 1898, n° 14136, p. 481, Ann. de dr. com. 98. B. j. p. 97 ; Paris, 4 janvier 1896, infirm^t Trib. comm. Seine, 4 août 1894, S. 97. 2. 89, J. trib. comm. 96 n° 13473 p. 507 ; Paris, 6 juin 1896, infirm^t Trib. comm. Seine, 26 juillet 1894, précité, D. P. 96. 2. 471, J. trib. comm. 97 n° 13753 p. 332 ; Paris, 24 déc. 1896 (Duval c. Brunet), D. P. 98. 2. 23, J. trib. com. 1897 n° 13782 p. 431.

Cependant, toutes les décisions de la jurisprudence civile ne semblent pas s'être tenues adéquatement à la doctrine de la Chambre des Requêtes. Nous avons dit que l'arrêt de 1888 ne considère pas comme immuable la détermination du caractère de l'universalité fonds de commerce ni, par conséquent, celle des règles du nantissement qui lui sont applicables.

Certains arrêts, au contraire, suivant une notion que nous avons eu plusieurs fois l'occasion de signaler, posent en principe qu'un fonds de commerce est, dans tous les cas, un tout incorporel qui doit toujours être traité comme tel pour l'application des règles du nantissement (1). Assez souvent, les décisions insistent sur cette notion qu'il y a dans un fonds de commerce des éléments, en quelque sorte immuables, qui, malgré les modifications survenues dans d'autres éléments plus mobiles, assurent au fonds son identité ; on constate que, précisément, ce sont des éléments incorporels, la clientèle notamment, qui, sinon d'une façon générale, du moins dans les espèces envisagées, forment ainsi la substance du fonds et déterminent son caractère. Ainsi, dans un cas de ce genre, un arrêt de la Cour de Lyon du 14 mars 1895 (2) observe, que « si le matériel et les marchandises considérées isolément prennent les caractères de meubles corporels, ce sont, comme d'ailleurs le droit au bail, de simples accessoires du fonds, des moyens d'exploitation qui, destinés à être constamment renouvelés, peuvent être changés, transformés, aug-

(1) Cf. notamment : Paris, 21 juillet 1892 ; Trib. civ. Seine, 13 nov. 1894 ; Paris, 24 déc. 1896, précités.

(2) Lyon, 14 mars 1895, précité ; Cf. dans le même sens : Paris, 21 juillet 1892 ; Trib. civ. Seine, 13 nov. 1894, précités.

mentés ou diminués, sans porter atteinte à l'existence du fonds lui-même ».

Souvent encore, on invoque la volonté des parties ; elles ont entendu, dit-on, prendre le fonds comme un ensemble, un tout indivisible, de nature incorporelle pour les besoins de la cause, il serait contraire à cette intention régulière des parties de décomposer la notion du fonds et d'en altérer l'unité, en exigeant, par exemple, pour les éléments corporels la mise en possession effective (1).

La Cour de Lyon, dans l'arrêt que nous avons cité, fait une application de cette idée au mode suivant lequel doit s'opérer la remise des titres constituant la tradition symbolique du fonds : la remise du titre d'acquisition du fonds *in globo* est suffisante, il n'est pas nécessaire de remettre l'acte de bail lui-même, car, « d'après les conventions des parties, le gage n'avait pas été constitué d'une façon distincte et spéciale sur le droit au bail, mais d'une façon générale sur l'ensemble du fonds » ; « constitué et conservé régulièrement sur l'ensemble de ce fonds, il s'étend nécessairement à tous ses accessoires sans qu'il soit besoin de formalités spéciales pour chacun d'eux ».

Une particularité que les arrêts relèvent ordinairement, c'est que les parties, dans l'acte même de nantissement, ont exprimé formellement leur intention d'opérer sur le fonds pris comme un ensemble homogène de nature incorporelle : on donne en nantissement « le fonds de commerce pris comme *droit incorporel*, ensemble le matériel, agencements, usten-

(1) Paris, 24 juillet 1892 ; Trib. civ., Seine, 13 nov. 1894 ; Paris, 4 janv. 1896 ; Paris, 7 août 1897, précités.

siles et marchandises affectés à son exploitation et devant être considérés comme ne formant avec l'établissement cédé *qu'un seul et même tout* » ; la formule, on le conçoit, est destinée à faciliter l'application du système des nantissements symboliques.

Nous avons dit que la plupart des arrêts de Cours d'appel avaient validé la pratique des nantissements telle qu'on l'avait réglée pour la commodité de l'opération. Si certaines décisions de la jurisprudence civile ont, dans certains cas exceptionnels, rejeté l'admission du privilège, c'est pour des raisons accidentelles et qui laissent intact le principe général ; ainsi, on a repoussé l'action du créancier parce qu'il a consenti à la revente du fonds engagé et s'est dessaisi des titres le représentant (1), d'autres fois parce que le gagiste n'avait pas reçu tous les titres établissant les droits du constituant sur le fonds (2).

Il y a lieu, cependant, de mettre à part un arrêt récent de la Cour de Paris (3), parce que, sans abandonner le principe de l'arrêt des Requêtes de 1888, il en a fait une application dont on ne trouve guère l'exemple dans la jurisprudence civile. En garantie d'un emprunt, un commerçant a donné en nantissement le droit au bail et la promesse de vente d'une usine de parfumerie avec son matériel et un fonds de commerce de parfumerie ; remise a été faite au gagiste des baux, polices

(1) Paris, 26 fév. 1893, conf^t. Trib. comm. Seine, 24 août 1893, précité, S. 97, 2, 89, Pand. fr., 95-2, 199, J. trib. comm. 95, n° 13185, p. 596.

(2) Paris, 22 oct. 1896, conf^t. Trib. comm. Seine, 16 août 1893, précité, D. P., 97, 2, 343, J. trib. comm. 97, n° 13769, p. 392, Ann. de dr. com., 97, B. j., p. 104.

(3) Paris, 7 nov. 1898, conf. Trib. com. Seine, 28 oct. 1896, précité, Gaz. Pal., 6 déc. 1898, n° 340 et la note.

d'assurances, etc., et signification adressée au bailleur, à la compagnie d'assurances, etc. ; bref, on a rempli les formalités usuelles, le constituant restant en possession. Y avait-il privilège opposable à la faillite du débiteur ? Non, dit la Cour, infirmant en cela les motifs des premiers juges, et voici les motifs qu'elle donne : « Il résulte des pièces du procès que les droits incorporels cédés n'étaient pas la partie principale et essentielle des objets donnés en gage, et qu'au contraire les meubles corporels en constituaient la réelle valeur pour la plus grande partie ; le caractère juridique d'une *universalité de fait* ainsi créée par des emprunteurs doit ressortir de son élément principal et, dans l'espèce, cet élément dominant était le matériel et le mobilier ; le gage était dès lors *corporel* ; à l'encontre des tiers les seules notifications n'ont pu opérer le dessaisissement de leur débiteur, et, à leur égard, le nantissement dans son ensemble est de nul effet. » Ainsi donc, ici encore, on trouve l'application de l'idée d'universalité et du principe *accessorium sequitur principale*, mais dans un autre sens que la plupart des solutions analogues de la jurisprudence civile.

Quoiqu'il en soit, ce qu'il faut retenir, c'est que, dans la grande majorité des hypothèses, le système de cette jurisprudence permettait d'admettre des nantissements en quelque sorte idéaux, sans tradition réelle, c'est-à-dire avec ces caractères d'occultanéité, de fiction trompeuse, contre lesquels les tribunaux de commerce soulevèrent tant d'énergiques protestations.

Ce conflit entre les deux ordres de juridiction était donc réel et bien manifeste ; remarquons sur quel point il s'est établi, sur la détermination des formalités à

remplir pour rendre le nantissement opposable aux tiers ; ce n'est guère que sur ce point, capital il est vrai, que l'on discutait.

Section III. — Critique des systèmes relatifs aux nantissements des fonds de commerce.

L'importance de la question des nantissements de fonds de commerce, l'orientation que prirent les débats devant les tribunaux, le conflit soulevé dans la jurisprudence, ne pouvaient manquer de donner lieu à des discussions sur le terrain doctrinal aussi bien qu'au point de vue pratique. En doctrine, la controverse resta en général dans les limites que nous avons déjà indiquées : la dation en nantissement d'un fonds de commerce est-elle juridiquement possible ? à quelles formalités doit-elle être soumise ?

Nous avons, à plusieurs reprises, observé comment l'application du gage aux fonds de commerce se compliquait par la difficulté de déterminer d'une façon précise et certaine la nature juridique de cette catégorie de biens. L'idée d'universalité homogène, appliquée par la jurisprudence civile, était, nous le savons, généralement acceptée en doctrine : certains auteurs considéraient dans tous les cas le fonds de commerce comme un meuble incorporel (1) ; d'autres, suivant la notion la plus commune de la jurisprudence, reconnaissaient que le caractère de l'universalité fonds de commerce devait être, selon les cas, déterminée d'après ses éléments principaux et dominants (2).

(1) Lèbre, *op. cit.*, n° 7, pp. 6 et s. ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, nos 240 et 285.

(2) Note Fauchille, sous Cass. Req., 13 mars 1888, *Ann. de dr. com.*,

Pourtant, ce fut précisément dans cette discussion relative aux nantissements que l'on mit en doute la valeur juridique de la théorie du bloc appliquée à la notion de fonds de commerce et que certains auteurs lui dénièrent ce caractère d'*universalité juridique* que l'on voulait à toute force lui attribuer. Le fonds de commerce, disait-on, est une simple universalité de fait, dont « les éléments ne sont indivisibles que dans la pensée des parties et restent *distincts au point de vue juridique* » ; chacun de ces éléments doit donc rester, en principe, soumis aux règles appropriées à sa nature particulière (1).

On pouvait, d'ailleurs, se demander si ceux qui acceptaient l'idée d'universalité juridique la suivaient dans toutes ses conséquences logiques. Pourquoi, par exemple, exigeait-on dans tous les cas une signification au bailleur ? cela se comprendrait si le droit au bail formait toujours l'élément dominant du fonds et devait déterminer ainsi le régime auquel l'ensemble du fonds sera soumis ; mais, dans beaucoup de cas, il pouvait n'en être pas ainsi, et alors, si le droit au bail est une valeur secondaire, qui se perd en quelque sorte dans la masse du fonds, pourquoi l'envisager à part et prescrire une signification au bailleur ? dans ces cas, en effet, le nantissement ne porte pas distinctement sur le droit au bail, mais sur le fonds lui-même pris comme universalité, or, existe-t-il un « débiteur du fonds de

1888, J., p. 171 ; Dal. Sup. Rép., v° *Nantissement*, n° 91 et v° *Ind. et comm.*, n° 496 ; Guillouard, *Du Nantissement*, n° 100, II.

(1) V. notamment dans ce sens la longue et savante note de M. Albert Wahl, sous Paris, 26 fév. 1895, S. 97, 2, 89 ; adde : Thaller, note dans *Annales de droit Commercial. Doctrine*, p. 221, et *Traité*, n°s 72 et 902.

commerce » auquel pourrait être faite la signification indiquée par l'art. 2073 C. civ. (1) ?

D'autre part, en supposant des situations qu'on ne semble pas avoir eu à envisager en jurisprudence, aurait-on compris dans la notion d'universalité tous les éléments qui rationnellement peuvent y entrer ? aurait-on décidé, par exemple, que le commerçant, propriétaire de ses immeubles d'exploitation, peut les comprendre dans le nantissement de l'ensemble de son fonds, sous la seule observation des formalités communément admises pour ce genre de nantissements ? il est probable, pour ne pas dire certain, qu'on ne serait jamais allé jusqu'à cette conséquence pourtant rigoureusement logique (2). Aurait-on admis encore que, si le fonds engagé comprenait des créances qui, prises isolément, auraient été soumises à la signification prescrite par l'art. 2073 Civ., ces créances, ainsi englobées dans l'universalité, ne donneraient plus lieu à ces significations distinctes ? c'était encore logique, cependant il n'était pas certain que la jurisprudence aurait, dans une pareille hypothèse, appliqué aussi pleinement sa conception (3).

Il y avait donc, en doctrine, bien des divergences sur ce problème de la nature juridique du fonds de commerce, problème qui pourtant était à la base de la question des nantissements. Il semble, dès lors, qu'appelée à

(1) Note sous Trib. com. Seine, 9 janvier 1892, J. Trib. com., 1893, n° 12492, p. 162 ; note Wahl, précitée ; il est juste d'observer cependant que certaines décisions se rapprochent de la conception logique que nous indiquons : v. notamment, Lyon, 14 mars 1893, précité.

(2) Cf. Thaller, *op. cit.*, n° 902.

(3) Cf. Magnier et Pruvost, *op. cit.*, p. 25, note 1.

se prononcer sur le conflit qui divisait la jurisprudence civile et les juridictions consulaires, la doctrine eut dû donner des solutions bien différentes les unes des autres. Evidemment, on devait rencontrer, et on rencontrait en effet, des divergences ; cependant, il est à remarquer que, à de rares exceptions près (1), on paraissait d'accord pour repousser les nantissements symboliques de la jurisprudence civile, c'est-à-dire les nantissements sans mise en possession réelle avec les simples formalités que nous connaissons.

L'idée générale que l'on suivait, c'est que permettre au débiteur de constituer son fonds de commerce en gage en continuant l'exploitation, sans aucun desaisissement même pour les éléments corporels susceptibles d'une tradition matérielle, était contraire aux principes formels de la loi qui exigent la mise en possession du gagiste. Ceux-là même, qui cependant posaient en doctrine absolue qu'un fonds de commerce forme dans tous les cas un meuble incorporel, se refusaient à admettre que cette tradition symbolique, dont la jurisprudence civile se contentait, puisse être jugée suffisante (2). Incontestablement, en se plaçant sur le terrain pratique, on n'avait point de peine à montrer les dangers pour le crédit, le préjudice aux droits des tiers, produits par cette pratique d'un gage occulte. Pourtant, on aurait dû bien certainement passer condamnation sur ce point, s'il eût été réellement établi que cette pratique satisfaisait aux conditions de la loi ; mais, on se refusait généralement à l'admettre ; et, alors même qu'on

(1) Guillouard, *op. cit.*, n° 100 II ; note Fauchille, précitée.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 285.

partit de conceptions différentes sur la nature juridique du fonds de commerce, dans le conflit entre les juridictions civiles et les tribunaux de commerce, on se rangeait de préférence aux solutions de ces derniers (1).

On faisait encore à la jurisprudence incriminée certaines objections particulières. La jurisprudence civile, disait-on, exige une signification au bailleur, mais, que devient cette signification si le commerçant exerce son commerce dans des locaux dont il est propriétaire ? L'objection n'a pas, à notre avis, une très grande force ; comme nous l'avons dit, en effet, avec la notion d'universalité homogène une telle signification n'est plus nécessaire, si l'on considère que l'objet direct du nantissement est le fonds *in globo* ; il n'y a pas là la situation prévue par l'art. 2075 du C. civ., et la remise des titres doit alors suffire. Au contraire, l'objection aurait toute sa valeur lorsque le fonds lui-même a été créé par le constituant et non acquis d'un autre : comment remplir la condition de la remise des titres ?

Quoiqu'il en soit, en s'en tenant même aux hypothèses sur lesquelles la jurisprudence avait statué, il nous semble qu'il était tout à fait impossible d'admettre les solutions de la jurisprudence civile, celle notamment de l'arrêt du 13 mars 1888.

En laissant même de côté la question de la nature juridique exacte du fonds de commerce, les prescrip-

(1) Lyon-Caen et Renault. *op. et loc. cit.* ; Thaller, *op. et loc. cit.* ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n° 81 ; Armand Pignolet : *Un fonds de commerce peut-il être donné en nantissement ?* Revue du Notariat, t. XXXVII, n° 9584, pp. 393-410 ; note sous Trib. civ. Seine, 15 janvier 1895, Ann. de dr. com., 95, J., p. 60 ; note sous Trib. com. Seine, 9 janvier 1892, et note Wahl, précitées ; Cf. Magnier et Pruvost, *op. cit.*, pp. 65 et s.

tions de la loi sont si formelles, sur la nécessité de la mise en possession, qu'il est impossible d'hésiter sur leur application à la catégorie d'hypothèses qui nous occupe. Quand on parle de nantissement sur un fonds de commerce, quelle est la possession du fonds, celle dont il faut nantir le créancier et dépouiller le débiteur? Peut-on dire raisonnablement que l'on possède un fonds de commerce par le seul fait que l'on détient les titres de propriété ou de jouissance? On comprend cette tradition symbolique pour des objets incorporels, comme les créances, qui ne sont pas susceptibles de possession réelle, et dont la détention se confond en somme avec la détention des titres pui les constatent. Mais, n'est-ce pas véritablement forcer la notion de possession juridique et dénaturer le sens de la loi que de se contenter d'un dessaisissement et d'une saisine aussi fictifs que ceux que l'on voulait admettre? On dit que les fonds de commerce, meubles incorporels, ne sont pas susceptibles d'une « appréhension physique »; mais, au contraire, comme le dit très bien M. Wahl (1), il est clair que « si une personne exploite un fonds de commerce, traite avec la clientèle, occupe les lieux, c'est cette personne qui a la possession du fonds et non pas le tiers qui conserve par devers lui les titres d'acquisition. » Est-ce que, vis-à-vis du public, le commerçant peut être considéré comme dessaisi qui continue dans les conditions antérieures la gestion de son établissement?

Ainsi, en acceptant même la notion d'universalité incorporelle, on ne pouvait admettre le système consacré

(1) Note précitée; adde : Thaller, *op. et loc. cit.*; note sous Trib. com. Seine, 9 janvier 1892, précitée.

par la jurisprudence civile. Il nous semble, d'ailleurs, que cette notion d'*universalité juridique*, telle qu'on l'appliquait, était arbitraire, non seulement en ce qu'elle dérivait d'une fiction non consacrée par la loi, mais encore en ce que, la fiction une fois admise, on ne lui donnait pas toutes ses conséquences rationnelles. En somme, la seule solution rigoureusement juridique était d'abandonner cette notion d'universalité intégrale et homogène pour appliquer à chacun des éléments du fonds les règles appropriées à sa nature propre, ce qui devait amener à exiger une transmission réelle au créancier gagiste et un dessaisissement effectif du débiteur constituant (1).

Si l'on exigeait ainsi une mise en possession réelle, fallait-il dire dès lors que le nantissement devenait juridiquement impossible ?

Nous avons dit qu'on avait essayé de le soutenir, qu'aux termes, notamment, d'un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 18 janvier 1896, « si le nantissement d'un fonds de commerce sans dessaisissement est nul comme contraire aux prescriptions de la loi en matière de gage, ce nantissement sans dessaisissement est également nul comme constituant la condition impossible prévue par l'art. 1172 Civ. » ; on prétendait, dans ce sens ; qu'il était impossible de régler d'une manière satisfaisante la gestion du fonds remis au gagiste ainsi que la responsabilité que cette gestion devait engendrer vis-à-vis des tiers. En droit, on peut répondre évidemment que la diffi-

(1) En ce sens : Thaller, *op. et loc. cit.* ; note sous Trib. com. Seine, 9 janvier 1892 et note Wahl, précitées.

culté n'est pas insurmontable (1) ; en principe, le débiteur reste propriétaire de la chose déposée aux mains du gagiste et devrait être responsable de la gestion faite régulièrement en son nom par le créancier (2). On pourrait peut-être songer aussi à cette idée que la mise en possession du gagiste n'est pas exclusive de la faculté donnée au débiteur de donner ses soins à la chose engagée, à condition, bien entendu, que le dessaisissement de ce dernier reste assez apparent pour les tiers. Mais, il saute aux yeux que de telles combinaisons ne vont pas sans grandes difficultés et sont généralement, sinon tout à fait impraticables, du moins contraires au résultat pratique recherché par les parties (3).

Ainsi, sous l'empire de l'ancienne législation, et devant le problème qui s'était posé en pratique, on se trouvait en face d'un dilemme embarrassant.

La jurisprudence civile, favorable à l'extension du crédit, avait cru devoir admettre le nantissement des fonds de commerce dans les seules conditions où il était réellement pratique, c'est-à-dire avec de simples formalités qui ne gênaient aucunement l'exploitation du débiteur. A ce point de vue, le système avait l'incontestable avantage de permettre au commerçant d'utiliser son fonds comme élément de crédit tout en le conservant comme instrument de travail ; c'est sans doute cet avantage qui a poussé la jurisprudence à faire fléchir les exigences de la loi. D'autre

(1) Cf. un exemple de cession d'un fonds de commerce à un créancier qui doit l'exploiter jusqu'à complet remboursement : Paris, 11 nov. 1862, cité par Pouillet, *Des marques*, n° 90.

(2) Note Wahl, précitée.

(3) Cf. Guillouard, *op. cit.*, nos 98 et 99 ; et sur un cas spécial, Cass. civ., 4 juillet 1888, S. 91, 1, 113.

part, à quel prix ce résultat était-il obtenu ? En supposant même la valeur juridique et doctrinale de ces nantissements symboliques, il était évident pour tous que, sur le terrain des faits et des résultats pratiques, ils étaient funestes au crédit général ; nous avons assez signalé les protestations faites au nom du crédit commercial par les tribunaux consulaires pour ne pas insister sur ce point. Donc, le système rachetait des avantages réels par des inconvénients fort graves.

Le système des nantissements avec dépossession réelle, le seul juridique à notre avis, avait les avantages et les inconvénients inverses. Il sauvegardait tout à fait l'intérêt général et la sécurité des transactions commerciales. D'autre part, il empêchait, en fait, de recourir à un moyen de crédit qui devait avoir son utilité puisqu'on l'avait si souvent essayé. Sans doute, même au point de vue purement pratique, ce système, qui sacrifiait l'intérêt privé à l'intérêt général et rendait impossible des fraudes autrement trop faciles, était incontestablement préférable. Mais, il y avait lieu de se demander si l'on ne pourrait pas concilier tous les intérêts en présence.

On aurait pu songer que cette pratique des nantissements ne méritait pas d'être favorisée à cause des difficultés si nombreuses et si délicates qu'elle soulève ; il suffisait, pour l'enrayer, d'exiger rigoureusement la mise en possession du gagiste. Mais, généralement, on pensa au contraire que, puisque la pratique avait suscité ce moyen de crédit, il était bon d'en assurer l'application. Dès lors, puisqu'avec la législation existante, on ne pouvait arriver à une solution satisfaisante, il fallait bien faire appel à l'intervention du législateur.

Manifestement, à vouloir permettre les nantissements, il faudrait, d'une part, éviter la condition rigoureuse de la mise en possession réelle, et, d'autre part, pour sauvegarder l'intérêt des tiers, suppléer à cette mise en possession par une publicité plus pratique.

C'est avec ces données surtout que le problème était posé ; nous nous sommes attachés à les dégager aussi nettement que possible ; il nous faut maintenant aborder l'œuvre législative.

CHAPITRE II

LA LOI DU 1^{er} MARS 1898 : ÉLABORATION DE LA LOI, ET IDÉE GÉNÉRALE DE LA RÉFORME

Section première. — Elaboration de la loi.

Il est difficile, croyons-nous, de trouver une loi dont l'élaboration ait été aussi simple, aussi succincte, et, disons-le, aussi imparfaite, que celle du 1^{er} mars 1898 sur les nantissements de fonds de commerce. Les travaux préparatoires tiennent en quelques lignes ; aucune discussion n'a été agitée devant le Parlement ; en somme, la loi est pour ainsi dire passée sans qu'on s'en aperçoive. Si la netteté de la réforme et la facilité de son application répondaient à l'aisance de la formation législative, les choses iraient au mieux ; malheureusement cette concordance n'est pas certaine.

Quoiqu'il en soit, on n'a pas grande peine à tracer l'histoire de la loi nouvelle.

Nous connaissons les origines de la question, le conflit soulevé en jurisprudence et qu'il importait de résoudre. C'est dans ce but que M. Millerand déposa, le 1^{er} mai 1893, à la Chambre des députés, une proposition de loi tendant à modifier l'art. 2073 du C. Civ.

en ce qui concerne le nantissement des fonds de commerce. Voici quel était l'exposé des motifs (1) :

« Messieurs, l'article 2075 C. Civ., contenu au titre XVII : Du nantissement, chapitre I^{er}, Du gage, est ainsi conçu : « Le privilège énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous-seing privé, aussi enregistré, et signifié au débiteur de la créance donnée en gage ».

Une jurisprudence constante, qui se justifie, au point de vue économique aussi bien que juridique, par les raisons les plus fortes, range les fonds de commerce au nombre des meubles incorporels.

En conséquence, pour que le propriétaire d'un fonds en opère le nantissement, il ne lui est point nécessaire de s'en déposséder. Le contrat de gage demeure donc caché aux tiers. L'enregistrement de l'acte sous-seing privé tout comme l'authenticité de l'acte public impriment au contrat date certaine ; ils n'en assurent point la publicité.

Le simple bon sens suffit à apercevoir les inconvénients graves pour les tiers du secret qui enveloppe cette dation en gage. L'expérience les a, du reste, mis en plein relief. Pour faire disparaître des relations commerciales cette cause de méfiance et d'insécurité, il n'est besoin d'apporter au texte de l'art. 2075 aucune modification. Une simple addition est nécessaire et suffisante. Il n'est utile que de prescrire la publication

(1) *Journal officiel*, Chambre des Députés, *débats parlementaires*, séance du 1^{er} mai 1893, p. 1316, et *documents parlementaires*, juillet 1893, p. 663.

de toute dation en nantissement de fonds de commerce.

Cette innovation ne fait aucune brèche dans le système que le législateur de 1804 a appliqué au contrat de gage. Nous inspirant des besoins du commerce, nous vous proposons seulement d'adapter à une situation particulière une publicité spéciale.

Peut-être pourra-t-on transporter avec avantage cette disposition nouvelle dans l'organisation du crédit agricole, si l'on veut permettre au travailleur des champs de transformer son instrument de labour en instrument de crédit et d'engager, sans déplacement, sa charrue, ses bestiaux, ses récoltes pendantes.

Nous ne vous demandons, par la proposition dont le texte suit, que de mettre un terme aux abus dont la mise en gage d'un fonds de commerce a fourni de trop fréquents exemples.

Proposition de loi. Article unique : L'article 2075 du Code civil est ainsi complété :

« En outre, chaque dation en nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité, recevoir mention sur le registre public tenu, à cet effet, au greffe du tribunal de commerce du domicile du cédé ».....

La Commission d'initiative qui examina la proposition Millerand conclut à sa prise en considération. Dans le rapport sommaire qu'il fit au nom de cette Commission, M. Buvignier, député, rappelait les lacunes de la législation au sujet de la publicité des cessions et des nantissements de meubles incorporels, en particulier des fonds de commerce. La réforme proposée pouvait, disait-il, recevoir une extension bien plus large, mais, telle quelle, elle était encore d'une utilité incontes-

table (1). En conséquence, la proposition Millerand fut prise en considération par la Chambre le 19 juin 1893 (2). Les choses en étaient là, lorsque l'expiration de la législature empêcha la réforme d'aboutir.

La proposition fut de nouveau présentée avec le même exposé des motifs et la même disposition par M. Millerand à la Chambre des députés, le 18 mai 1895 (3). Sur un rapport sommaire de M. Laurençon, elle était pour la seconde fois prise en considération le 21 juin 1897 (4). Dans la suite, au nom de la Commission chargée d'examiner sa proposition de loi, M. Millerand, rapporteur, demandait à la Chambre de la sanctionner par son vote (5), et effectivement la Chambre, dans sa séance du 12 novembre 1897, votait sans discussion, après déclaration d'urgence, le texte qui lui était soumis et dont la teneur était la suivante : Article unique : « L'art. 2073 du Code civil est ainsi complété : « En outre, chaque dation en nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité, recevoir mention sur un registre public tenu à cet effet au greffe du tribunal de commerce dans le ressort auquel est sis le fonds (6). » C'était, sauf une légère nuance, la reproduction du texte originaire de la proposition Millerand.

(1) V. rapport Buvignier, Chambre des députés, séance du 8 juin 1893, *Journal officiel, Documents parlementaires*, annexe n° 2803.

(2) *Journal officiel, Déb. parl.*, p. 1760.

(3) *Journal officiel, Docum. parlam.*, annexe n° 1324, p. 516.

(4) Sur le rapport Laurençon, v. *Journal officiel. Docum. parlam.*, décembre 1897, annexe n° 2323, p. 1406 ; sur la prise en considération, *Journ. off.* du 22 juin 1897, *Déb. parl.*, p. 1596.

(5) V. le rapport Millerand, déposé à la Chambre le 5 novembre 1897, *Journ. off.*, *Doc. parlam.*, sess. extraord. de 1897, annexe n° 2771, pp. 93 et 94.

(6) *Journ. off.* du 13 nov. 1897, *Déb. parl.*, p. 2391.

Transmise au Sénat (1), la disposition fit devant cette Assemblée l'objet d'un rapport favorable de M. Thézard, qui est encore le document le plus explicite sur la matière (2). Le texte soumis par le rapporteur au nom de la Commission du Sénat présentait quelques différences de rédaction avec celui voté par la Chambre, bien que le fond de la proposition restât intact. C'est ce nouveau texte qui fut voté par le Sénat, après déclaration d'urgence et toujours sans discussion, dans la séance du 8 février 1898 (3). Revenue à la Chambre, la disposition était acceptée sans débats, avec la même teneur, le 25 février 1898, pour devenir la loi du 1^{er} mars 1898, dont voici la forme exacte :

Article unique : « L'art. 2073 du Code civil est ainsi complété : « Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité (4). »

Telles furent les diverses phases de la réforme dont nous devons maintenant donner l'idée générale.

(1) Transmission, le 16 nov. 1897; exposé des motifs : *Journ. off. Docum. parlam.*, sess. extraord. de 1897, annexe n° 24, p. 614.

(2) Rapport Thézard, dépôt le 23 déc. 1897, texte : *Journ. off.* du 20 fév. 1898 (sess. extraord. de 1897), *Docum. parl.*, annexe n° 94, p. 809.

(3) *Journ. off.* du 9 février 1898, *Déb. parl.*, p. 118.

(4) Chambre des députés : retour de la disposition votée par le Sénat, le 11 fév. 1898; exposé des motifs, *Journ. offic.*, *Docum. parl.* de 1898, annexe n° 3022; rapport de M. Millerand, dépôt le 15 fév. 1898, et texte, *Journ. offic.*, *Doc. parlam.*, sess. extraord. de 1898, annexe n° 3034, p. 680; adoption sans discussion, le 25 fév. 1898, *Jour. offic.* du 26, *Déb. parlam.*, p. 848.

Section II. — Idée générale de la réforme.

§ I. — *Indications principales sur la portée de la disposition nouvelle.*

Il est une idée très nette, qui se dégage parfaitement des travaux préparatoires, c'est que l'on a voulu mettre un terme au conflit qui divisait la jurisprudence et surtout supprimer les abus de ces nantissements clandestins que les décisions de la jurisprudence civile avaient favorisés. La disposition présentée, disait M. Millerand dans son rapport à la Chambre (1), « se propose, en faisant cesser une contradiction, parvenue à l'état aigu, entre la jurisprudence des tribunaux consulaires et celle de la Cour de cassation, de donner au commerce des garanties de sécurité qu'à bon droit il réclame » ; et plus loin, « c'est le devoir du législateur d'intervenir pour créer une publicité destinée à faire disparaître le caractère clandestin dont le nantissement est nécessairement entaché dans le système de la Cour de cassation ». Les quelques documents qui forment tous les travaux préparatoires de la loi nouvelle, exposé des motifs de la proposition Millerand et rapports de ce député devant la Chambre, rapport au Sénat de M. Thézard, contiennent surtout, pour ne pas dire exclusivement, un commentaire des débats judiciaires que nous avons présentés. On veut bien sans doute reconnaître, en principe, que le système consacré par l'ar-

(1) *Journ. off., Docum. parlam.*, sess. extr. de 1897, annexe n° 2771, pp. 93 et 94.

rêt des Requêtes de 1888 était strictement légal et juridique. Mais, on fait ressortir avec insistance combien une telle pratique était contraire à la « sécurité du commerce », à la garantie du crédit général, et on souligne dans ce sens les revendications du monde commercial si énergiquement exprimées par les tribunaux de commerce. D'un autre côté, on constatait sans peine que la jurisprudence des tribunaux de commerce, inspirée par l'imperfection de la loi, rendait en fait les nantissements de fonds de commerce impraticables. Or, n'y avait-il pas avantage à les permettre ? était-il préférable au contraire d'en consacrer la prohibition ? « On a soutenu, dit le rapport de M. Millerand, qu'une telle prohibition serait sans inconvénients, par la raison que la dation en nantissement des fonds de commerce constituerait un moyen de crédit peu pratique. Quelle que soit la valeur de cette opinion, il nous paraît impossible sous le régime économique actuel de refuser à un débiteur, dont le fonds constitue une part importante des biens, le droit d'en disposer comme de tous les autres éléments de sa fortune au mieux de ses intérêts. » « N'y avait-il pas, dit de son côté M. Thézard, un intérêt véritable à rendre pratique le nantissement d'un fonds de commerce ? N'était-il pas utile qu'un commerçant, en une heure de crise, pût trouver un moyen de crédit, un moyen de salut peut-être, dans l'engagement de son fonds de commerce ? »

En somme, on paraissait considérer moins l'utilité même de ces nantissements que le danger des nantissements clandestins. Quoiqu'il en soit, ce moyen de crédit ne pouvait être admis qu'avec une sérieuse publicité appropriée à sa nature.

A plusieurs reprises, dans l'élaboration de la loi, on a discuté la question de savoir si la publicité proposée pour les nantissements de fonds de commerce devait être restreinte à ces objets et à ces actes. Ainsi, le rapport de M. Buvignier sur la proposition Millerand observait, que la réforme proposée pour les fonds de commerce devrait « s'appliquer à tous les meubles incorporels autres que les titres, valeurs et effets négociables », et ce, non seulement pour les nantissements, mais aussi pour les cessions, car, il fallait reconnaître l'insuffisance des art. 1690 et 2075 C. civ. Cependant, on s'en tint à une réforme plus modeste. « La proposition de loi qui vous est soumise, disait le rapport Millerand, n'aborde pas dans son ensemble le grave et délicat problème du contrat de gage, ni les modifications générales qu'on pourrait proposer à la constitution du nantissement des choses mobilières. Son but est moins élevé, sa portée plus restreinte ».

Mais, ce qui fut plus sérieusement discuté, parce que cela se rapportait beaucoup plus directement à la question débattue, ce fut la publicité à donner aux cessions de fonds de commerce. Voici, sur ce sujet, les explications de l'honorable M. Thézard : dans la Commission du Sénat, on avait pensé tout d'abord qu'il conviendrait « de généraliser la réforme en l'étendant, par identité de motifs, à la cession même des fonds de commerce ». « La publicité des cessions de fonds de commerce, dit le rapporteur, aussi bien que celle des actes de nantissement eût été assurément désirable ; il eût été bon que de telles cessions ne fussent opposables aux tiers qu'après avoir été portées à leur connaissance, et la Commission exprime le vœu que l'étude

d'un projet de loi, déposé en ce sens par M. Dufaure, garde des sceaux, soit reprise le plus tôt possible. Mais, il ne nous a pas semblé que cette extension de la portée de la loi put être immédiatement abordée. La question peut, en effet, présenter de multiples aspects, qu'il y aura lieu d'examiner d'une façon approfondie, et nous aurions craint de retarder par là le vote d'une réforme vivement désirée par le commerce des grandes villes. Peut-être d'ailleurs, y a-t-il moins d'urgence à régler la cession que le nantissement ; en cas de cession, presque toujours la prise de possession, fait nécessairement public, suit de très près l'acte même de cession, et très bref par conséquent est le délai où les tiers peuvent être induits en erreur sur le réel titulaire du fonds ; les actions en nullité ouvertes par le droit commun pour cause de fraude offrent presque toujours un remède suffisant aux personnes lésées. Le nantissement, au contraire, implique un état de choses qui doit se perpétuer assez longtemps, et comme la remise effective du gage aux mains du créancier est ici incompatible avec la nature même de l'objet engagé, c'est une longue période de temps pendant lequel le caractère occulte du nantissement pourrait être une cause de préjudice pour les tiers. C'était une raison de plus pour limiter la réforme, ainsi que l'a fait la Chambre des députés, à la question du nantissement ».

Donc, la nouvelle institution est spéciale au nantissement de fonds de commerce. Mais, cela n'empêche qu'elle peut être rapprochée d'institutions déjà créées par la loi ou dont la consécration a été poursuivie. Quelle est, en effet, la notion fondamentale de la loi du 1^{er} mars 1898 ? C'est que le gage sur un fonds de

commerce exige désormais, pour sa validité à l'encontre des tiers, une mesure de publicité régulière, mais que, par contre, il ne requiert pas le dessaisissement du débiteur et la mise en possession réelle du gagiste. Le créancier est nanti par la publicité tout comme s'il avait la chose dans ses mains ; si le fonds engagé est laissé au débiteur, il n'en jouit plus que sous réserve des droits acquis au gagiste et ne peut plus en disposer qu'en respectant ces droits. C'est là, quoiqu'on en puisse dire, une dérogation très grave aux principes généraux du gage qui suppose essentiellement le dessaisissement du débiteur ; la loi nouvelle reconnaît ce que l'on appelle en général un *gage sans déplacement*, c'est-à-dire, si l'on ne veut pas se payer de mots, une hypothèque sur les fonds de commerce. Incontestablement, il y a là, en réalité, une exception à cette règle fondamentale de notre droit que l'hypothèque n'est pas admise sur les meubles. Mais, ce n'est pas le seul cas où l'on ait essayé de faire fléchir cette règle ; aussi croyons-nous nécessaire de consacrer quelques lignes à ces notions spéciales.

§ II. — *La notion de gage sans dessaisissement du débiteur ; ses applications diverses.*

La condition de la mise en possession réelle du créancier, impérieusement prescrite en matière de gage, peut soulever, à divers points de vue, des critiques. On peut dire qu'elle est insuffisante dans bien des cas à remplir le but de publicité qu'elle est normalement destinée à atteindre ; on peut dire qu'elle est gênante pour le créancier lui-même, ou qu'elle peut

empêcher la constitution sur une même chose de plusieurs nantissements distincts. Mais, il est une objection que l'on a faite plus spécialement contre elle : c'est que, en exigeant le dépouillement du débiteur, elle tend à le priver d'un instrument de travail, d'un moyen de production, qui peut lui être indispensable. Au contraire, l'hypothèque satisfait à ces exigences pratiques, puisqu'elle permet au constituant de garder la chose dans ses mains et d'en jouir. A ce propos, on peut se rappeler que, à Rome, l'hypothèque fut d'abord introduite dans les rapports du fermier et du bailleur d'un fonds rural, pour permettre au fermier d'affecter à la sûreté de ses obligations ses bestiaux et ses ustensiles aratoires sans se priver de la possession de ces moyens d'existence. L'exclusion de l'hypothèque sur les meubles, érigée en principe dans notre droit, la nécessité de recourir au gage avec la condition rigoureuse de dessaisissement, pourront donc souvent contrarier les besoins de la pratique. Aussi, ne faut-il pas s'étonner si l'on s'est efforcé, pour diverses situations spéciales, de tempérer la sévérité de ces règles.

Nous avons déjà cité, comme type d'exception à la prohibition de l'hypothèque sur les meubles, l'institution de l'hypothèque maritime. Nos lois, en effet (lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885), comme d'ailleurs la plupart des législations étrangères, ont organisé l'hypothèque sur les bâtiments de mer ; cette institution a heureusement permis d'utiliser des moyens de crédit, qui, avec le seul mécanisme du gage, ne pouvaient être employés que très imparfaitement et, le plus souvent, à l'aide de détours plus ou moins réguliers. Il convient d'ailleurs de remarquer que cette dé-

rogation faite, pour les navires, au principe général qui gouverne les meubles est très facile à justifier. Les navires sont, en effet, des biens qui, par leur importance et leur nature, se séparent nettement des meubles ordinaires; on comprend un droit de suite sur les navires, il est d'ailleurs admis par le Code de commerce lui-même pour les créanciers chirographaires; de plus, on peut dire qu'un navire a une sorte de « domicile légal », le port d'attache ou d'immatricule, et il devient possible dès lors d'établir un centre d'informations où puissent être remplies les formalités de publicité nécessaires, en principe, dans tous les cas où il n'y a pas de déplacement réel de possession (1).

Les difficultés que soulevait l'adaptation du gage ordinaire aux bâtiments de mer se rencontrent aussi dans son application à la batellerie fluviale. Aussi, a-t-on plusieurs fois proposé d'organiser pour les bâtiments de rivière un régime analogue à l'hypothèque maritime (2).

Plusieurs fois, on a demandé d'introduire dans l'organisation du crédit agricole le gage sans déplacement, afin de permettre aux agriculteurs d'engager leur matériel, leurs instruments aratoires, leur bétail, leurs récoltes, sans une dépossession qui peut avoir de très graves inconvénients, celui notamment de priver l'emprunteur d'instruments nécessaires à l'exercice de son

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n^{os} 279 bis et 287, et t. VI, n^{os} 1608 et s.; Thaller, n^o 899.

(2) V. notamment une proposition de loi sur le régime hypothécaire de la batellerie fluviale, de M. Plichon, déposée à la Chambre des Députés, le 21 fév. 1895, *Journ. offic.*, 1895, *Docum. parlam.*, pp. 215 et s.; cf. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n^o 287 et notes, et t. VI, n^o 1617, pp. 543 et notes.

industrie. Bien des propositions ont été faites dans ce sens parmi lesquelles nous signalerons seulement les plus notables. La Commission extra-parlementaire de 1880 sur le crédit agricole demandait la consécration, pour certains cas, d'un gage sans tradition. Le 20 juillet 1882, M. de Mahy, ministre de l'agriculture, déposait sur le bureau du Sénat un projet de loi qui, entre autres réformes, autorisait la constitution d'un gage agricole sans déplacement sur les récoltes pendantes, les produits récoltés, ainsi que sur les ustensiles agricoles ou les animaux, lorsque ces ustensiles ou ces animaux ont été attachés au fonds rural par un fermier, colon ou métayer. Le gage devait faire l'objet d'une transcription sur un registre spécial tenu par le conservateur des hypothèques de l'arrondissement. Il est à remarquer que ce gage n'emportait pas droit de suite contre les tiers acquéreurs ; pour prévenir les aliénations et déplacements frauduleux du gage, on proposait d'appliquer les dispositions du Code pénal relatives à l'abus de confiance. Le projet, renvoyé à la Commission du Sénat, fut considérablement élargi, tout en conservant les mêmes bases : on voulait appliquer le gage sans tradition à toutes sortes d'objets (rapport Labiche), toujours sans droit de suite et avec les sanctions de l'abus de confiance. Ces projets donnèrent lieu, lors de la discussion devant le Sénat, aux critiques les plus vives, dont la principale était que l'institution du gage sans tradition bouleversait les règles du Code civil ; en conséquence, les projets furent repoussés. D'autres propositions tentèrent de reprendre l'idée : ainsi, une proposition déposée à la Chambre le 25 octobre 1890 par M. Antonin Proust contenait sur le gage

sans dessaisissement des dispositions sensiblement voisines de celles du projet de 1882 (1).

Cependant, dans cette voie du gage sans déplacement appliqué au crédit agricole, on s'en est tenu jusqu'ici à une catégorie d'institutions beaucoup plus spéciales : on a songé à organiser, sous forme de warrantage, un procédé d'emprunts garantis par les produits récoltés dont le cultivateur conserverait la garde contrairement à la règle de l'art. 2076. Civ. A la suite de la proposition de M. Delaunay du 13 mars 1897, et d'un projet présenté par M. Méline, ministre de l'agriculture, le 28 octobre 1897, on a abouti à la loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles. L'innovation de la loi nouvelle est précisément dans la création du « *gage à domicile* », c'est-à-dire dans le fait que le warrantage agricole, à l'encontre du warrantage commercial, laisse les produits warrantés en la possession de l'emprunteur, sauf des formalités de régularisation au greffe de la justice de paix du domicile de ce dernier. Il y a là une dérogation très notable aux règles normales du gage. Aux dangers qu'elle crée pour le prêteur la loi nouvelle a essayé de parer par l'application aux détournements ou détériorations du gage des peines de l'abus de confiance (art. 13 de la loi). Mais, il importe de remarquer que cette loi a laissé de côté les propositions faites pour organiser d'une manière plus générale le gage sans déplacement sur le mobilier agricole. A plusieurs reprises, dans le cours de la dis-

(1) V. notamment Pandectes françaises, Répert., v^o *Crédit agricole* ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n^o 287 et notes ; Thaller, *Organisation du crédit agricole et des syndicats d'agriculture*, Ann. de Dr. Com., 1889, pp. 173-174.

cussion, on essaya d'étendre la réforme au matériel agricole, au bétail, etc., mais, on fit remarquer le caractère spécial de l'institution des warrants qu'il importait de séparer de l'organisation plus vaste du crédit mobilier agricole (1).

On peut observer que, bien avant la loi sur les warrants agricoles, le gage sans déplacement était admis par certaines dispositions sur les banques coloniales, en vertu desquelles on pouvait réaliser des prêts sur cession de récoltes sans dessaisissement moyennant certaines formalité de publicité (lois du 11 juillet 1851 et du 24 juin 1874) (2).

L'exemple d'une tendance à l'admission du gage sans déplacement en matière de crédit agricole se trouve, d'ailleurs, dans plusieurs législations étrangères (3). On a signalé notamment en ce sens le droit du canton de Zurich. Ce droit reconnaît, sous le nom de *Pfandverschreibung*, une institution d'après laquelle le créancier peut acquérir sur les biens de son débiteur un droit de gage idéal et dépourvu de saisine ; ce droit se crée par une simple inscription sur un registre spécial, le gage restant entre les mains du débiteur qui le conserve à titre de dépôt. Le Code fédéral suisse des obligations a prohibé en principe tous les droits de gage conventionnels qui auraient pour effet de laisser la chose engagée aux mains du débiteur. Cependant, l'art. 210 de ce Code formule une exception facultative à cette règle : « il appartient néanmoins à la légis-

(1) V. un commentaire de la loi du 18 juillet 1898 par M. Emion, *Lois Nouvelles*, 1899, première partie, pp. 4-48.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 287, p. 218 et note.

(3) Loi belge de 1884, italienne du 23 janvier 1887 ; Cf. *Lois nouvelles*, *op. cit.*, p. 8, n°s 22-26, *Pand. franç.*, *Rép.*, v° *cit.*, n°s 277, 290 et s.

lation cantonale d'autoriser l'engagement du bétail par le seul effet d'une inscription sur les registres publics ». En vertu de cette faculté, c'est seulement pour l'engagement des têtes de bétail que le droit du canton de Zurich a maintenu le gage sans dessaisissement (1).

Nous pouvons rapprocher de ces dispositions celles que nous avons signalées, dans le Code Belge et le Code Italien notamment, qui permettent au vendeur de machines industrielles de conserver son privilège par une inscription sur des registres publics (2); nous avons indiqué que l'on avait proposé d'appliquer dans notre droit des règles analogues (3).

Ainsi, l'on peut constater, sur de nombreux points, des tendances à modifier les règles ordinaires du crédit réel mobilier. Les difficultés que l'on rencontre dans cette voie sont délicates à résoudre, et nous avons vu, par le simple aperçu qui précède, que, si dans certaines

(1) *Manuel du droit fédéral des obligations*, par Virgile Rossel, 1892, p. 273; *Code civil du canton de Zurich*, traduction Lehr: v. introduct. p. 38, et Code, pp. 401 et s. (art. 403-441); cf. Guillouard, *Du nantiss^t*, n° 89; Dal. Sup. Rép., v° *Nantissement*, n° 19. — Cf, pour le gage sans dessaisissement du bétail dans le canton de Thurgovie: lois du 12 septembre 1857, Pand. fr. Rép., v° *cit.*, n°s 317 et s.; loi du 21 nov. 1893, Annuaire de législation, étrangère, année 1893, p. 671.

(2) Cf. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 863 *bis*; Thaller, *Traité*, n° 1733.

(3) On peut encore signaler, pour la législation anglaise, les *bills of sale* ou actes de vente pignorative par laquelle un débiteur peut céder à son créancier des effets mobiliers en garantie, mais avec cette condition que le cédant restera nanti jusqu'au jour où, tenu de rembourser la dette, il manquera à cette obligation; cette cession conditionnelle constitue un *mort-gage* mobilier, et en somme, crée une sorte d'hypothèque sur les meubles; ces *bills of sale* sont soumis à la formalité de l'enregistrement. Cf. Lehr. *Eléments de droit civil anglais*, 1885, pp. 386-388; Dal. Sup. Rép., v° *Nantissement*, n° 9; Guillouard, *Du nantissement*, n° 12.

hypothèses le législateur est parvenu à donner une solution satisfaisante, dans bien d'autres les efforts tentés ont plusieurs fois été vains.

Sans doute, dans le gage, la condition de la mise en possession réelle est souvent gênante et insuffisante ; cependant, elle a une valeur certaine et le procédé qui doit la remplacer avantageusement n'est pas toujours commode à trouver. Si l'on veut organiser une véritable hypothèque mobilière emportant droit de suite, on se heurtera souvent chez nous à la raison d'être de l'art. 2279 du C. civ. ; que si l'on restreint la garantie réelle au droit de préférence, on n'a plus qu'une sûreté très imparfaite ; d'ailleurs, il faut en tout cas organiser une publicité qui peut être difficile à constituer.

Nécessairement, on est amené à faire un classement entre les biens, les uns susceptibles de sûretés réelles compatibles avec les nécessités du commerce, d'autres se prêtant difficilement aux mêmes exigences. Il y a des meubles pour lesquels on a peine à concevoir un mode de publicité qui remplacerait la saisine du créancier dans le contrat de gage : tels des objets destinés par fonction à circuler et à se transmettre couramment, comme des marchandises. D'autres meubles, au contraire, ont par leur destination ou leur importance une certaine fixité, une assise réelle, qui permet de les rattacher à un centre d'information où se peut organiser la publicité convenable : tels les navires, les outillages agricoles, les installations industrielles, etc. (1).

C'est dans cette classe d'objets assimilés en quelque sorte aux immeubles que les fonds de commerce se

(1) Cf. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 287 et t. VI, n° 1617 ; Thaller, *op. cit.*, n°s 898 et s. et 1735.

trouvent rangés par la loi du 1^{er} mars 1898. Cela se conçoit aisément : en règle, une exploitation commerciale possède une situation permanente, une sorte de domicile fixe ; on peut donc organiser une publicité dont le centre est déterminé par cette localisation du fonds de commerce ; la loi nouvelle l'institue, en effet, au greffe du tribunal de commerce « dans le ressort duquel le fonds est exploité » ; il devient possible par là de constater les actes qui portent sur les fonds, et de suivre les transmissions dont ils sont l'objet.

Quoiqu'il en soit, c'est cette organisation qui est la caractéristique de la loi nouvelle : gage sans déplacement, pour ne pas dire hypothèque ; publicité nécessaire et suffisante pour rendre le nantissement opposable aux tiers.

L'idée générale de la réforme étant ainsi définie, nous essaierons d'analyser plus profondément le contenu de la loi nouvelle.

CHAPITRE III

ANALYSE CRITIQUE DE LA LOI DU 1^{er} MARS 1898 (1)

Excessivement sommaire, à peine éclairée par des explications très restreintes, la loi dont nous nous occupons soulève beaucoup de difficultés. On n'a guère envisagé la question dont il s'agissait que sous l'aspect particulier qu'elle avait présenté dans les applications antérieures sur lesquelles avait eu à statuer la jurisprudence ; on a voulu trancher le débat tel qu'il s'était élevé entre la jurisprudence civile et les tribunaux consulaires ; devant un conflit jugé insoluble sans une réforme, on s'est hâté de donner une solution qui était

(1) V. notamment sur cette loi, en outre des indications déjà données sur les travaux préparatoires : E. Lepage, article dans la *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1898, n° 10037, pp. 305-316 ; Poulain de Corbion, articles dans le *Moniteur Vinicole*, n°s du 16, 19, 26 mai 1899 ; — articles ou notes anonymes dans les *Lois nouvelles*, n°s du 15 mars 1898, 1^{re} part., pp. 165-178, et du 15 avril 1898, 1^{re} part., pp. 215-217, et dans les *Annales de Droit commercial*, 1898, pp. 330 et 331. — Adde : l'exposé des motifs et le texte du projet de loi du gouvernement, déposé le 23 février 1899, à la Chambre des Députés, par M. Lebreton, garde des sceaux, sur la publicité des nantissements de fonds de commerce, *Journal officiel, Docum. parlam.*, Annexe n° 759 ; *Lois Nouvelles*, n°s du 1^{er} et du 15 Avril 1899, pp. 71-76, 78-80.

évidemment urgente. Mais, si la solution donnée est inspirée par la pensée très louable de mettre un terme à des abus fort graves, si elle est naturelle et simple, elle est, d'un autre côté, beaucoup trop brute, sans les détails, sans la réglementation précise que l'application demande. La loi, disons-nous, s'est surtout inspirée d'une catégorie spéciale d'espèces et de certaines données pratiques. Cependant, le problème devait prendre nécessairement plus d'ampleur ; à côté des difficultés plus directement prévues parce qu'elles correspondaient à des situations plus communes, il pouvait s'en présenter beaucoup d'autres ; d'autant plus, qu'en substituant aux notions gênantes du Code un principe qui devait favoriser le développement des nantissements de fonds de commerce, le champ de la question devait naturellement s'élargir, et ses aspects se diversifier. Il aurait donc fallu l'examiner avec une attention très réfléchie, parce qu'elle a une importance pratique beaucoup plus grave encore qu'on ne semble l'avoir soupçonné. Déjà, paraît-il, de nombreuses plaintes se sont élevées au sujet de la loi nouvelle qu'on accuse, non sans raison, d'être insuffisante. Le Gouvernement lui-même s'est ému, il a déposé devant la Chambre des députés un projet de loi qui s'efforce d'organiser en détail une publicité dont la loi spéciale n'a posé que le principe. Il faut espérer qu'on reviendra sur cette réforme dont les bases ont été jetées trop hâtivement et que la pratique pourra ainsi se fixer plus aisément.

Tout cela est dit pour justifier les nombreux points d'interrogation que l'on est obligé de placer dans le commentaire de la loi nouvelle. Il n'en faut pas moins

essayer de définir avec plus de précision les conséquences de cette loi ; nous dégagerons celles qui sont certaines, nous montrerons aussi les points principaux sur lesquels la discussion est possible.

Section I. — Du principe qui règle les formalités exigées par la loi nouvelle pour la validité des nantissements.

Ce qui apparaît surtout dans la réforme, c'est l'introduction d'une publicité spéciale pour la dation en nantissements des fonds de commerce.

Quelle est la forme de cette publicité ? La loi nous le dit : une inscription du nantissement « sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité ». Le principe est très clair. Nous laisserons pour le moment de côté tout ce qui touche aux détails de l'organisation de cette publicité, mais il importe d'indiquer d'ores et déjà sa valeur juridique.

La loi a soin de mentionner expressément que la formalité de l'inscription est prescrite pour la validité du nantissement à l'égard des tiers ; elle ne touche pas aux rapports *inter partes*. « Il s'agit là, dit le rapport de M. Thézard, d'une nullité qui bien évidemment dans la pensée des auteurs de la loi ne doit pas produire son effet entre les parties elles-mêmes, liées dès l'instant de la convention, mais seulement à l'égard des tiers auxquels elle serait inopposable pour défaut de publicité ». Il ne peut y avoir de contestations sur cette notion qui est toute naturelle.

Mais, si la condition d'inscription sur un registre public est désormais impérieusement prescrite pour la

validité du nantissement à l'égard des tiers, est-elle à cet égard suffisante ?

La seule lecture du texte peut laisser des doutes sur ce point. En effet, la disposition nouvelle, ajoutée à l'article 2075 C. civ., peut paraître, pour les fonds de commerce, ajouter une formalité à celles que prescrivent déjà soit l'art. 2076 C. civ., soit l'art. 2075 lui-même : rédaction d'un acte à enregistrer, signification pour les objets tels que les créances ; de plus, l'art. 2076 du C. civ. semble comprendre dans la règle qu'il indique l'application spéciale prévue par le nouvel art. 2075 *in fine*, puisqu'il porte : « *dans tous les cas*, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties ». Cependant, les travaux préparatoires permettent d'éclairer très aisément sur ces points le sens de la réforme.

Voici, ainsi que nous l'avons déjà dit, quel était le texte voté d'abord par la Chambre en addition toujours à l'art. 2075 C. civ. « ... *En outre*, chaque dation en nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité, recevoir mention sur un registre public tenu à cet effet au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est sis le fonds. » Dans le texte modifié présenté au Sénat par la Commission, ces mots *en outre* étaient retranchés ; cette suppression avait, suivant les explications précises du rapporteur, une signification formelle qu'elle a pleinement conservée dans le texte définitif qui n'est autre que celui présenté par la Commission du Sénat. Nous reproduisons les termes même dans lesquels l'honorable M. Thézard avait défini le sens de la modification introduite :

« Les mots *en outre* ont disparu de notre rédaction, et il en résulte une différence notable. D'après la proposition votée à la Chambre, la publicité par voie de mention sur un registre était une condition s'ajoutant à celle déjà indiquée dans la première partie de l'art. 2075, savoir la *notification du titre au débiteur*, c'est-à-dire qu'on avait maintenu la règle reconnue par l'arrêt de 1888 (Req., 13 mars 1888), la *nécessité de la signification au propriétaire locateur*. Par la suppression des mots *en outre*, nous faisons de la publicité *une condition indépendante et qui se suffit à elle-même en matière de nantissement de fonds de commerce*. Nous avons d'ailleurs montré par avance le caractère illusoire de la signification à faire au propriétaire locateur, elle n'ajoute rien à la sauvegarde des intérêts qu'il s'agit de protéger. »

On ne peut pas dire plus nettement que cette formalité prescrite autrefois par la jurisprudence civile, la signification au bailleur des locaux d'exploitation, est désormais inutile. Ce n'est pas tout, les explications données sur l'exclusion de la condition exigée par l'art. 2076 Civ. ne sont pas moins lucides. « La portée de la disposition nouvelle va plus loin, ajoute le rapport ; elle supprime aussi nécessairement, en matière de nantissement de fonds de commerce, l'application de l'art. 2076, c'est-à-dire la mise de l'objet en la possession du créancier ou d'un tiers. Cette mise en possession est en réalité incompatible avec la nature du fonds de commerce, et si l'arrêt de 1888 l'avait cependant appliquée à l'acte de bail, c'était par la nécessité de rattacher d'une façon quelconque aux règles du C. civ. une matière que celui-ci n'avait point prévue et tout en lais-

sant entrevoir par ses motifs mêmes l'utilité d'une solution différente. » Les règles anciennes de la mise en possession du créancier sont donc complètement abandonnées. Il n'y a plus qu'une formalité qui est générale, qui vaut pour tous les éléments du fonds pris comme universalité, quels que soient ces éléments. « En donnant aujourd'hui droit de cité aux fonds de commerce parmi les *universalités de droit*, disait en terminant le rapporteur, et en traçant pour sa dation en nantissement des règles appropriées à sa nature, nous supprimons par là même les exigences inutiles et sans objet auxquelles il avait fallu se résigner. »

Aussi, nous ne comprenons pas du tout la solution qu'a donnée, au sujet de l'application de la loi nouvelle, un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 5 novembre 1898 (1) : un boulanger donne en nantissement son fonds de commerce y compris le droit au bail ; l'acte a été inscrit au greffe du tribunal de commerce et signifié au propriétaire bailleur. L'acte de signification était déjà inutile, mais le tribunal de commerce a refusé encore de considérer comme suffisantes les formalités remplies ; en droit, il aurait fallu, dit-il, une remise au créancier gagiste « des titres établissant les droits du débiteur, c'est-à-dire une expédition du bail des lieux où le fonds est exploité et l'acte de vente consenti par le prédécesseur (du débiteur constituant) » ; comme ces titres sont restés en la possession du débiteur, « le contrat de gage dont s'agit manque des conditions de dessaisissement qui seules justifient le privilège qui s'attache à la qualité de créancier gagiste ».

(1) *Gaz. Pal.*, 9 décembre 1898.

Cette solution est en contradiction formelle avec l'esprit de la loi ; il ne faut désormais pas plus une mise en possession symbolique qu'une mise en possession réelle (1).

Pour éviter toutes contestations à l'avenir, le projet de loi du Gouvernement que nous avons signalé a soin de rappeler expressément que la formalité de l'inscription du nantissement est suffisante : art. 1^{er}. « Le privilège résultant de l'acte contenant une dation en nantissement d'un fonds de commerce s'établit par le seul fait de l'inscription prévue en l'art. 2075, deuxième alinéa du C. civ., sans qu'il soit besoin d'aucune autre formalité (2). »

Une formalité sur laquelle les travaux préparatoires sont moins explicites est celle qui a trait à l'acte contenant un nantissement. Faut-il un acte écrit ? Faut-il un acte enregistré ? Les travaux préparatoires semblent bien ne pas exiger, même à ce point de vue, de formes spéciales. Cependant, en réalité, les conditions mêmes dans lesquelles est organisée la publicité des nantissements écarteront les difficultés : les greffiers exigeront, en effet, pour opérer la mention sur le registre public, que l'acte de nantissement ait été enregistré (3). C'est cette formalité que consacre le projet du Gouvernement en son art. 2 : « Pour opérer l'inscription, il est représenté au greffier du tribunal de com-

(1) En ce sens : note sous le jug^t précité dans *Gaz. Pal.*, 9 décembre 1898 ; note dans *Revue du Notar. et de l'Enreg.*, 1899, n^o 10185, p. 126 ; Cf. note dans *Lois Nouvelles*, n^o du 15 avril 1898, 1^{re} part., p. 215 ; E. Lepage, *op. cit.*, p. 309.

(2) V. l'exposé des motifs et le texte du projet précités.

(3) En ce sens, *Lois Nouvelles*, *op. cit.*, pp. 215-217 ; E. Lepage *op. cit.* et *loc. cit.*

merce soit par le créancier lui-même, soit par un tiers, l'*original enregistré* du titre constitutif du nantissement s'il est sous seing privé ou reçu en brevet, ou une expédition s'il en existe minute... »

Quoiqu'il en soit, nous pouvons résumer la règle consacrée par la loi du 1^{er} mars 1898 dans cette formule : désormais, pour que la dation en nantissement d'un fonds de commerce soit opposable aux tiers, il faut et il suffit qu'elle ait été inscrite sur le registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. Sur ce point, le principe introduit par la législation nouvelle est bien net ; à la controverse ancienne sur la question de savoir quelles étaient les conditions de validité d'un nantissement de fonds de commerce la loi a voulu couper court en prescrivant une formalité déterminée une fois pour toutes, unique et globale, qui supplée notamment à la condition ordinaire de mise en possession essentielle au contrat de gage.

On peut se demander, incidemment, pourquoi la disposition introduite par la loi du 1^{er} mars 1898 a été insérée au Code civil et non au Code de commerce ; relative aux fonds de commerce, elle devait trouver sa place naturelle dans la législation commerciale (1). Cependant, on a préféré la mettre en addition à l'art. 2075 du Code civil ; voici l'explication qu'a donnée M. Millerand, dans son rapport. « La disposition qu'elle (la proposition de loi) ajoute à l'art. 2075 du C. civ. aurait, a-t-on dit, trouvé sa place naturelle à la suite de l'art. 91 ou 92 Com. Sans attacher à cette question

(1) Cf. Magnier et Pruvost, *op. cit.*, pp. 73 et 74.

secondaire une importance qu'elle ne comporte pas, nous ferons simplement observer que l'art. 91 Com. vise lui-même en termes exprès l'art. 2073 Civ., et qu'il paraît légitime d'inscrire au rang des dispositions essentielles à la constitution du nantissement une condition exigée à peine de nullité ».

Section II. — De l'objet dans les nantissements régis par la loi nouvelle.

La loi dit : « tout nantissement d'un *fonds de commerce*... » ; quel est l'objet qu'elle a voulu désigner par là ? quels sont les caractères qu'elle a voulu lui reconnaître ?

§ I. — *Ce qu'il faut entendre par fonds de commerce au sens de la nouvelle loi ; la notion d'universalité, les éléments qu'elle peut englober.*

La loi elle-même ne contenant sur ce point la moindre explication, on en est réduit à chercher des indications dans les travaux préparatoires qui ne sont pas très explicites. Comme nous l'avons dit, on s'est surtout référé aux principales applications qui s'étaient présentées dans la pratique antérieure, et on n'a guère songé à donner des définitions générales et précises. Cependant, le rapport au Sénat de M. Thézard présente des essais plus accentués d'une définition de la valeur fonds de commerce telle qu'on l'entendait pour la réforme proposée ; ce sont là des indications que nous devons tout spécialement relever.

On comprenait aisément qu'il fallait assurer la notion de fonds de commerce, si l'on voulait écarter les embarras que l'on avait rencontrés si souvent dans la question des nantissements. « Il fallait, pour arriver à ce résultat, dit M. Thézard, combler une lacune de la loi. Il fallait *constituer une substance et une individualité juridique à cette valeur qu'on nomme un fonds de commerce* et édicter, pour sa constitution à titre de gage, des règles appropriées à sa nature et aux nécessités du crédit. » Le problème étant ainsi soulevé, il importait d'en préciser les données et surtout d'en déterminer la solution. Nous croyons utile de reproduire *in extenso* les explications du rapporteur, bien que nous ayons eu plusieurs fois l'occasion de les signaler en partie tout au moins ; il est bon de faire ainsi ressortir les définitions les plus nettes que l'on ait données dans toute l'élaboration de la loi.

« Qu'est-ce qu'un fonds de commerce ? dit M. Thézard. Le Répertoire encyclopédique du droit français de M. Labori au mot : « *Fonds de commerce* » (article de M. Georges Maillard) donne la définition suivante :

« Le fonds de commerce est *l'ensemble des éléments qui constituent à l'égard du public la personnalité d'un établissement commercial et industriel et servent à son exploitation*. En réalité, l'essence du fonds de commerce est l'*achalandage*, avec le plus souvent la désignation sous laquelle l'établissement est connu, les marques qui caractérisent ses produits, d'une façon générale *tout ce qui le distingue pour la clientèle et le rattache à lui*. Le *matériel d'exploitation* est, d'ordinaire, compris dans le fonds, mais il n'en est qu'un élément accessible et séparable. On s' imagine même des fonds de

commerce sans matériel et réduits simplement à la clientèle, il en est ainsi pour certains intermédiaires qui exercent le commerce dans leur appartement. Les *marchandises* en cours de fabrication ou prêtes pour la vente font aussi, en principe, corps avec le fonds, mais elles ne sauraient être confondues absolument avec lui ; l'art. 7 de la loi du 28 février 1872 les a différenciées notamment pour l'application des droits de mutation (Conf. Boistel, *Précis de dr com.*, n. 429 ; Ruben de Couder, v^o *fonds de commerce*, n. 5 et 6). Le fonds de commerce est un corps certain, une *universalité* sinon de droit au moins de fait... Le fonds de commerce est un *meuble incorporel* ».

L'arrêt de 1888 (Cass. 13 mars 1888) déclare de même que le fonds de commerce constitue une *universalité juridique composée d'éléments divers*, dont les uns sont des meubles corporels, les autres des meubles incorporels, mais que la *partie essentielle* est l'enseigne, l'achalandage et le droit au bail.

Il y a donc là un *ensemble indivisible*, lequel a la *nature incorporelle*, bien que pouvant contenir des objets corporels, tel l'hérédité pour les jurisconsultes romains. C'est donc par le caractère de cet ensemble considéré comme objet principal qu'il faut déterminer la règle à suivre : les objets particuliers qui y sont compris ne sont que des accessoires ou des instruments qui doivent suivre le même sort. Il est bien évident que les *meubles corporels*, *outillage* ou *marchandises*, ne pourront pas être remis matériellement au créancier gagiste ; ce serait incompatible avec l'idée du simple nantissement ; la difficulté quant à ces meubles se résout précisément par la *conception de l'universalité*

juridique ; les meubles corporels y sont légalement entraînés et absorbés. Il en sera de même du *droit au bail* qui n'est pas dès lors un droit distinct, mais un *simple élément de l'ensemble*. Si la Cour de Cassation a pu, dans une espèce donnée (Cass., 13 mars 1888), le considérer comme l'élément principal et essentiel, c'est parce qu'en fait il semblait dans cette espèce en être ainsi, et, d'autre part, parce qu'il était le seul élément juridiquement tangible, le fonds de commerce par lui-même ne rentrant dans aucune des catégories de biens, pour lesquels le Code organisait les formalités du nantissement ».

Nous n'insisterons pas, parce que c'est une notion sur laquelle nous nous sommes déjà étendus, sur cette qualité de *meuble incorporel* formellement reconnue aux fonds de commerce dans l'élaboration de la loi des nantissements ; sur ce point, non seulement le rapport de M. Thézard, mais l'exposé des motifs de la proposition de M. Millerand et les rapports de ce député sont tout à fait explicites. Mais, il faut, à d'autres points de vue, préciser la notion de fonds de commerce dans son application à la loi nouvelle.

Il n'est pas douteux, l'ensemble des travaux préparatoires et, en particulier, les citations que nous avons faites, le démontrent surabondamment, que, lors de la discussion de la loi nouvelle, on a surtout conçu la notion de fonds de commerce sous une formation typique déterminée. Le type est directement emprunté aux applications sur lesquelles on avait eu à discuter dans la jurisprudence antérieure. Nous savons que régulièrement l'objet des actes de nantissement se présentait ainsi : le commerçant qui voulait emprunter passait

un contrat en vertu duquel il engageait au capitaliste : 1° le fonds de commerce proprement dit, soit la clientèle, l'achalandage de l'établissement avec les éléments qui s'y rattachent directement, tels que le titre commercial ; 2° le droit au bail de l'immeuble où le commerce était exploité ; 3° le matériel de l'exploitation ; 4° les marchandises en magasin. On n'a qu'à se rapporter aux diverses décisions judiciaires que nous avons citées, et l'on verra que telle était la forme pour ainsi dire invariable sous laquelle se présentait l'objet du nantissement d'un fonds de commerce. Or, ce sont absolument les mêmes éléments qui composent le type que l'on nous présente et sur lequel on raisonne dans les travaux préparatoires. Donc, si, pour nous placer dans le même genre d'hypothèses, un commerçant veut donner en nantissement son fonds de commerce, c'est-à-dire dans l'ensemble un établissement achalandé, muni d'un outillage, garni de marchandises, jouissant d'un bail pour les locaux d'exploitation, il s'agira là incontestablement d'un objet pour lequel, non-seulement on pourra, mais encore on devra suivre les dispositions de la loi nouvelle. Ainsi, voilà une catégorie d'hypothèses qui se présenteront souvent en pratique et pour lesquelles nous sommes certains de l'application de la loi nouvelle. Cet ensemble ainsi formé, on l'appelle une *universalité juridique* ; le nantissement se réalise par une inscription au greffe ; il n'est aucunement besoin d'une mise en possession réelle ou symbolique pour chacun des éléments considérés ; la formalité prescrite est globale et vaut pour chacune des valeurs bloquées dans l'universalité. Jusqu'ici, la conception est très nette, mais elle est loin d'être complète.

Nous avons dit quelle était la formation typique qui était entrée principalement dans les vues des auteurs de notre loi ; est-ce à dire que cette formation soit nécessaire et absolue pour l'application de la réforme ? On ne peut évidemment le penser, si l'on réfléchit que la notion de fonds de commerce est extrêmement variable.

On a pu voir que dans les définitions données dans les travaux préparatoires on a surtout relevé, dans la notion de fonds de commerce, comme élément principal, bien plus comme élément essentiel, la valeur clientèle ou achalandage avec ce qui s'y rattache directement. C'est là ce que l'on considère comme étant, en quelque sorte, la « substance » d'un fonds de commerce ; il y a, a-t-on dit, des fonds de commerce qui se réduisent à cette valeur ; même, lorsqu'à côté de cet élément incorporel il existe, pour compléter le fonds, un matériel, un stock de marchandises, un droit au bail, ces éléments ne sont que des accessoires. Il en résulterait qu'une simple clientèle, en tant qu'on peut l'isoler, pourrait faire l'objet d'un nantissement dans les conditions fixées par la loi nouvelle, et cela se comprendrait surtout si à la valeur clientèle se rattachaient des biens, comme des titres, des marques, etc., qui lui donnent une expression particulière. Cependant, nous avouerons que cette application d'un engagement de clientèle envisagée en quelque sorte *in abstracto* ne pourra guère se rencontrer et que l'on aura soin, en général, d'affecter aussi à la sûreté recherchée des valeurs plus sûres et plus saisissables. Quoiqu'il en soit, il faut retenir cette idée que l'existence de tous les éléments qui peuvent composer un fonds de commerce n'est pas également essen-

tielle pour constituer cet objet auquel peut et doit s'appliquer la loi du 1^{er} mars 1898. D'autre part, il faut que cet objet exprime réellement l'individualité d'un établissement commercial. Si le commerçant, qui possède un établissement en pleine fonction, voulait engager isolément son matériel, ou son stock de marchandises, ou son droit au bail, il devrait suivre les formalités qui de droit commun sont prescrites pour le nantissement de ces diverses valeurs (1). On peut invoquer sur ce point des analogies : en matière immobilière, les objets mobiliers affectés au service d'un fonds, et qui ont le caractère d'immeubles par destination en tant qu'ils sont considérés comme partie intégrante de cette sorte d'universalité immobilière, perdent leur qualité de meubles, et, de ce chef, sont susceptibles d'être englobés dans l'hypothèque constituée sur le fonds, hypothèque qui les atteint même de plein droit ; mais, pris séparément, ces objets recouvrent leur qualité propre et ne sont plus susceptibles d'être hypothéqués ; c'est la même observation que l'on peut faire, au sujet de l'hypothèque maritime, pour les agrès, apparaux, machines, et autres accessoires d'un navire (2). Dans tous ces cas, on peut trouver des applications d'un même principe.

En fait, il est manifeste que l'intérêt des parties elles-mêmes les amènera le plus souvent à englober dans le même acte de nantissement à la fois les principaux éléments du fonds de commerce, ce qui pourra lever les difficultés. A vouloir poser un principe, on pourrait dire que les éléments qui composent un fonds de com-

(1) Cf. *Revue du Notariat*, juillet 1898, n° 10119, p. 538.

(2) Cf. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, n° 259, p. 127, et n° 284, pp. 408 et 409 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VI, nos 1622-1626.

merce doivent être, si on les envisage isolément et distinctement, soumis aux règles spéciales qui leur sont propres, et qu'il faut, pour que l'application de la loi du 1^{er} mars 1898 soit à la fois possible et nécessaire, que l'objet engagé représente, soit par le nombre de ses éléments, soit par leurs qualités distinctives, l'individualité d'un établissement commercial.

Nous avons supposé un certain nombre d'éléments qui se rencontrent le plus souvent dans la notion de fonds de commerce et peuvent former l'objet d'un nantissement soumis à la loi spéciale. Mais, n'y a-t-il pas d'autres valeurs susceptibles d'être englobées dans un nantissement de ce genre ? Nous manquons sur ces points d'indications précises, il faut essayer pourtant d'y suppléer.

S'il fallait entendre dans un sens large et complet cette conception d'universalité juridique sur laquelle on a déclaré vouloir se fonder, on devrait décider, semble-t-il, que tous les éléments, quels qu'ils soient, qui se rattachent à une exploitation commerciale, peuvent trouver place dans cette conception et composer cette chose particulière dont l'engagement est réglé par des dispositions toutes spéciales. Ce serait absolument logique ; est-ce donc à une telle notion que l'on a voulu se rattacher ?

Nous mettrons d'abord à part un point qui ne nous paraît pas contestable : c'est que, par la loi nouvelle, on a voulu atteindre des valeurs exclusivement mobilières. Supposons que le commerçant soit propriétaire des locaux où il exerce son commerce : est-ce que ces immeubles d'exploitation peuvent être englobés par lui dans le nantissement de son fonds ? Lo-

giquement, on ne voit pas pourquoi il n'en pourrait pas être ainsi ; du moment que l'on considère le droit au bail comme un simple élément de cet ensemble qui peut être engagé par inscription au greffe du tribunal de commerce, pourquoi le droit immobilier à la propriété des locaux d'exploitation ne pourrait-il pas rentrer au même titre dans l'ensemble engagé ? Cependant, la solution contraire n'est pas discutable ; nous rencontrons ici encore la relativité, la limitation artificielle, de la notion de fonds de commerce ; la règle que les immeubles ne sont susceptibles que d'hypothèque reste absolument intacte ; le commerçant, l'industriel, qui veut donner en gage, avec son fonds de commerce proprement dit, ses immeubles, son usine et ensemble son matériel immobilisé, devra suivre séparément, pour ces objets immobiliers, les règles de l'hypothèque immobilière (1).

Voilà déjà une réserve à faire sur le contenu de l'universalité fonds de commerce dans le sens de notre loi ; est elle la seule ?

Une exploitation commerciale peut, nous le savons, associer les valeurs les plus diverses ; nous avons dit, par exemple, que dans une cession de fonds de commerce, en outre des éléments communément compris dans ce genre d'actes, on pouvait englober des objets d'une nature plus spéciale, comme des brevets d'invention, des droits de propriété littéraire ou artistique, des créances, etc. Pourra-t-on comprendre de telles valeurs dans l'engagement d'un fonds de commerce sous la simple observation des formalités prescrites par la loi

(1) Cf. Lèbre, *op. cit.*, n^{os} 6, 8, 167 ; E. Lepage, *op. cit.*, p. 314.

nouvelle, sans suivre, par exemple, pour les brevets la condition, ordinairement exigée, de la remise de l'acte au gagiste, pour chaque créance la signification à laquelle son engagement devrait normalement donner lieu ? Nous ne sachons pas que les difficultés que nous supposons se soient jamais présentées dans les applications sur lesquelles on a eu à statuer en jurisprudence, la question n'en a pas moins un intérêt pratique qui peut être considérable.

Dans les définitions données dans les travaux préparatoires, on a fait allusion seulement à ces valeurs qui sont d'ordinaire comprises dans ce que l'on appelle un fonds de commerce : clientèle, droit au bail, matériel, marchandises. Sans doute, on a parlé d'*universalité juridique*, mais il ne semble pas que l'on ait voulu donner à cette conception toute l'ampleur dont elle est logiquement susceptible. Cependant, n'est-il pas possible, en se référant aux notions générales que l'on a invoquées, d'élargir, au point de vue qui nous occupe, la capacité de la valeur fonds de commerce ? On a dit qu'un fonds est l'ensemble des éléments qui constituent à l'égard du public la personnalité d'un établissement commercial ou servent à son exploitation ; ne peut-on pas, dès lors, faire rentrer dans un fonds soumis aux nantissements de la loi spéciale des objets, comme des brevets d'invention, qui ont essentiellement le caractère d'instruments d'exploitation ? Il nous semble qu'une telle solution est conforme à l'esprit de la loi ; du moment qu'on peut faire rentrer dans le fonds engagé l'outillage matériel, pourquoi en exclurait-on ce que l'on peut appeler l'outillage incorporel ? et nous ne voyons pas pourquoi un industriel ne pourrait pas

englober dans le nantissement de son fonds ses brevets, ses secrets de fabrication, ses modèles de fabrique, pourquoi un éditeur ne serait pas autorisé à engager avec son établissement ses droits de propriété littéraire, etc. Bien entendu, nous voulons dire par là que ces éléments particuliers pourraient être compris dans un nantissement global selon les formes de la loi du 1^{er} mars 1898 ; il est évident qu'ils peuvent toujours être donnés en gage dans les formes ordinaires appropriées à leur nature respective. Il nous semble donc que l'on pourra comprendre dans le nantissement spécial d'un fonds de commerce tous les objets, corporels ou incorporels, qui, pour un établissement donné, ont le caractère d'instruments d'exploitation.

Que faudra-t-il décider pour cette catégorie spéciale de biens qui sont, d'ordinaire, compris dans un actif commercial, les créances relatives à l'exploitation ? Le commerçant, en donnant son fonds en gage, pourrait-il y comprendre ses créances, de telle sorte qu'il se trouve dispensé des significations qu'il devrait normalement faire pour chacune de ces créances selon l'art. 2075 Civ. ? Etant donnée la notion restreinte qui nous paraît avoir toujours dominé, nous ne croyons pas que, dans l'esprit du législateur, les créances doivent être considérées, d'une manière générale, comme des instruments d'exploitation d'un fonds de commerce, susceptibles de ce chef d'être absorbés dans cette masse qui peut être engagée par une formalité unique et globale ; et nous pensons que, sur ce point, les règles ordinaires resteraient applicables, c'est-à-dire que le négociant ne pourrait engager ses créances qu'à la condition de faire, pour chacune d'elles,

la signification prescrite par l'art. 2075 Civ., à supposer bien entendu que ces créances donnent lieu par leur nature à cette formalité. Peut-être pourrait-on invoquer en ce sens un argument d'analogie : à propos de l'hypothèque maritime, on s'est demandé si la créance du fret pouvait être considérée comme un accessoire du navire de telle sorte qu'elle fût susceptible d'être comprise dans le gage hypothécaire, comme les agrès, machines, etc. ; on résout la question négativement, en décidant que le fret ne peut être regardé comme l'accessoire d'un navire que si la loi le déclare expressément, or, cette disposition légale n'existe pas en la matière (1). Cependant, en admettant que les créances ne puissent être d'une manière générale considérées comme faisant partie intégrante d'un fonds de commerce et engagées par la même mesure que le fonds lui-même, ne conviendra-t-il pas de faire exception à ce principe pour des hypothèses où, précisément, un fonds de commerce se trouvera, par fonction, principalement composé d'objets de cette nature ? On a dit, par exemple (2), qu'un portefeuille d'assurances, c'est-à-dire un stock de polices, pourrait-être donné en nantissement dans les conditions fixées par la loi du 1^{er} mars 1898, sans qu'il soit besoin de significations multiples à tous les assurés pour l'ensemble des créances comprises dans ce stock ; cette solution nous semble devoir être admise, et elle devrait l'être dans toutes les hypothèses où l'on pourra dire qu'un fonds de commerce est en réalité principalement formé de

(1) Cf. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. V, n° 98 ; t. VI, nos 1625 et 1760.

(2) Rossy, *op. cit.*, p. 256.

ces valeurs incorporelles qui constituent l'objet direct de l'exploitation.

Voilà des difficultés dont la solution peut être fort délicate à défaut d'indications précises ; elles ne sont malheureusement pas les seules...

§ II. — *Comment on peut déterminer en principe les éléments qui rentrent dans l'objet soumis au nantissement.*

Nous avons tâché, jusqu'ici, de déterminer ce que *peut* comprendre le nantissement d'un fonds de commerce au sens de notre loi spéciale. Mais encore, comment cette consistance sera-t-elle fixée ? quelles en seront les limites ?

Reprenons des exemples auxquels nous avons déjà fait plusieurs fois allusion. Supposons qu'un fonds, un fonds industriel, un fonds rural, peu importe, soit grevé d'une hypothèque : il résulte de la loi elle-même (art. 2133 et art. 2118 C. Civ.) que, de plein droit, l'hypothèque s'étend aux immeubles par destination, aux objets mobiliers accessoires du fonds ; peu importe que ces objets existent déjà au service du fonds lors de la constitution de l'hypothèque ou qu'ils n'y aient été attachés que dans la suite ; cette extension du gage hypothécaire a lieu nécessairement tant que les parties ne l'ont point exclue (1). De même, toujours en vertu de la loi, l'hypothèque maritime s'étend, à moins de convention contraire, non seulement au corps du navire, mais aux agrès, apparaux, machines et autres accessoires (art. 4

(1) Aubry et Rau. *op. cit.*, n° 259, p. 127, et n° 284, pp. 408 et 409.

loi du 10 juillet 1885) (1). Ainsi, soit pour l'hypothèque immobilière, soit pour l'hypothèque maritime, on trouve dans la loi des principes qui servent à délimiter l'étendue du gage affecté.

Dans la loi sur les nantissements de fonds de commerce, nous ne trouvons rien de semblable ; nous savons qu'un commerçant peut désormais recueillir en un faisceau les divers éléments de son fonds pour les donner ensemble en gage ; mais, faudra-t-il un acte précis pour déterminer chacun des éléments englobés dans la nantissement ? n'y aura-t-il pas des valeurs qui de plein droit seront atteintes ? en supposant déterminée la complexion de l'objet au moment même du nantissement, quels seront les effets des modifications survenues postérieurement dans la structure du fonds ?

Il y a un principe que l'on songe naturellement à placer comme base, celui-ci que c'est la convention des parties qui déterminera, dans chaque cas, le contenu exact du nantissement d'un fonds de commerce ; cette détermination s'exprimera dans l'inscription prise pour assurer la validité de l'acte. Mais, en admettant que cette détermination ait été faite, ne faudra-t-il pas tenir compte de certaines notions spéciales ?

Pour éclairer la discussion, reportons nous à l'hypothèse normale sur laquelle, avant la loi nouvelle, on avait eu à statuer : un commerçant a donné en nantissement son fonds de commerce, en désignant nommément les éléments : clientèle, bail de tels locaux, matériel, marchandises en magasin. Considérons spécialement ce stock de marchandises englobé dans le gage :

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VI, nos 1622-1626.

il est normalement destiné à se renouveler suivant l'existence de l'exploitation. Si l'on considérait que le gage affecte spécialement et distinctement chacun des objets composant ce stock, il en résulterait que le créancier gagiste pourrait s'opposer à leur aliénation, et que, en tout cas, les marchandises acquises depuis le nantissement ne seraient pas grevées du privilège. Il n'est guère besoin d'insister sur ce point que tel n'est pas le résultat recherché dans l'opération, ni celui qu'a voulu consacrer la loi nouvelle.

Nous rencontrons d'ailleurs, ici, une notion dont nous avons signalé les traces jusque dans le droit romain. Un marchand donne en hypothèque sa *taberna*, c'est-à-dire sa boutique achalandée et garnie de marchandises destinées à la vente; quelle est l'intention des parties? Le débiteur, en engageant son fonds, n'a pas entendu renoncer à l'exercice de son commerce; il conserve donc le droit de vendre ses marchandises et d'en acheter de nouvelles selon les besoins de la clientèle; de son côté, le créancier consent à ces aliénations en comptant que son gage englobera les approvisionnements nouveaux. En effet, l'hypothèque a été établie sur la *taberna* elle-même considérée *ut universitas*; elle porte sur les seuls éléments qui sont compris dans cette universalité, mais sur tous ces éléments; le créancier pourra faire valoir son droit sur le stock tel qu'il existe au moment où est exercée l'action hypothécaire. C'est ce que décide nettement la loi 34 pr. D. de *pignorigibus*, XX, 1 (1).

(1) Cf. L. 13, pr., eod; v. Clos, *De l'hyp. des choses incorporelles*, thèse Paris, 1886, pp. XXIV et s.; Moulin, *De l'hyp. des ch. incorp.*, thèse Paris, 1892, pp. 142-148.

Bien que notre loi ne dise rien sur ce point, et que, dans les travaux préparatoires, on n'y ait fait aucune allusion directe, il est clair que ce sont des notions analogues que l'on devra appliquer; elles l'étaient d'ailleurs implicitement par les décisions anciennes qui validaient les nantissements sur fonds de commerce; malgré les renouvellements survenus nécessairement dans le stock des marchandises depuis l'acte d'engagement, on devait naturellement décider que, l'individualité du fonds n'ayant pas changé, même les marchandises nouvelles se trouvaient affectées au privilège du gagiste. Nous avons du reste signalé les applications de cette conception soit à propos du privilège et de l'action en résolution du vendeur d'un fonds de commerce, soit à propos de l'usufruit constitué sur un fonds.

Sur le point spécial que nous indiquons, on admettra donc déjà que l'objet donné en nantissement l'est avec une certaine indétermination, et que le nantissement vaut pour des éléments qui n'existaient pas dans le fonds au moment de l'engagement. C'est une conséquence naturelle de la notion d'universalité. On reconnaîtra de même que le matériel donné en gage avec le fonds ne l'est pas d'une façon absolument précise, que le constituant pourra y apporter tous les changements convenables, et qu'ainsi renouvelé, peut-être même totalement transformé, le matériel n'en sera pas moins affecté à la garantie réelle (1).

Mais, en acceptant ces notions qu'on ne paraît pas devoir sérieusement discuter, jusqu'où pourra-t-on les pousser? Le commerçant avait compris dans le nantis-

(1) Cf. E. Lepage, *op. cit.*, p. 314; *Rev. du Notar. et de l'Enreg.*, juillet 1898, n° 10119, p. 558.

sement de son fonds le droit au bail de tels locaux déterminés ; le bail expire, le constituant en passe un nouveau pour d'autres immeubles ; ce nouveau bail rentrera-t-il aussi dans le gage du créancier ? ou encore le débiteur agrandit son exploitation et de nouveaux baux viennent s'adjoindre au bail primitif ; au matériel ancien s'ajoutent des installations nouvelles ; au moment de l'engagement le fonds était dé garni de marchandises, depuis il s'est formé un stock considérable ; le débiteur a acquis des brevets d'invention qu'il ne possédait pas lors du nantissement ; ces baux, ces installations, ce stock de marchandises, ces brevets, seront ils atteints par le privilège du gagiste, alors même qu'ils n'aient pas eu leur équivalent dans le fonds originaire tel qu'il se comportait lors de l'acte de nantissement ?

Incontestablement, il faut toujours réserver la volonté des parties. Elles peuvent limiter à leur gré l'objet du nantissement, à condition bien entendu, si elles veulent appliquer la loi nouvelle, de conserver à cet objet les qualités requises ; elles pourront parfaitement indiquer que le nantissement n'atteindra les éléments du fonds que tels que chacun d'eux se comporte au moment où l'acte intervient. Mais, généralement, elles auront voulu englober dans le nantissement tout ce qu'il peut contenir, tous les moyens de l'exploitation qui en sont susceptibles ; c'est un droit qu'on ne peut leur refuser, qui entre absolument dans les vues de la législation nouvelle. Or, si l'on admet que le nantissement peut ainsi porter sur un établissement commercial envisagé dans son ensemble, comme universalité juridique, pour nous servir des paroles mêmes du rapporteur au Sénat, si, d'autre part, le débiteur constituant

conserve le droit de continuer l'exploitation et de la gérer librement, si de ce chef le gage peut ou diminuer ou s'accroître, il devient difficile de considérer le droit réel comme s'appliquant étroitement aux éléments qui composaient le fonds originairement de telle sorte que, au moment de la réalisation, il faudrait rechercher strictement l'équivalent du gage primitif. Une fois accepté le principe d'un droit affectant un ensemble, il faut le suivre autant que possible dans ses conséquences logiques, avec l'élasticité d'application qu'il suppose nécessairement. Aussi, l'idée qui nous paraît découler de la loi nouvelle, malgré le défaut d'explications formelles, c'est que, à moins de volonté contraire des parties, il faudra supposer de préférence que le fonds de commerce engagé l'est dans son ensemble, non pas strictement tel qu'il est formé lors de l'acte de nantissement, mais tel qu'il se poursuit et comporte pendant toute la durée de l'affectation réelle : chacun des éléments qui est réuni à l'universalité engagée, pour faire corps avec elle, est atteint par le privilège du gagiste.

§ III. — *Ce que deviennent, par rapport à l'objet du nantissement, les éléments séparés de l'universalité engagée.*

Le nantissement d'un fonds de commerce atteint en principe, disons-nous, l'ensemble des éléments qui rentrent dans ce fonds; il n'y aura pas de difficulté tant que les éléments coexisteront dans l'universalité qu'ils concourent à former, mais comment réglera-t-on les

effets du nantissement vis-à-vis des objets qui seront d'une manière ou d'une autre détachés du bloc engagé?

Un commerçant a donné en nantissement son fonds de commerce, y compris l'achalandage, le droit au bail des magasins, le stock de marchandises, le matériel, les brevets d'invention. Dans la suite, il a cédé isolément soit son matériel, soit ses marchandises, un de ses brevets, ou encore son droit au bail; le cessionnaire a rempli les formalités voulues pour rendre la cession opposable aux tiers, par exemple, pour le brevet aliéné, il a fait enregistrer au secrétariat de la préfecture; pour le droit au bail, il a fait signifier au bailleur. Est-ce que le privilège du gagiste n'en continuera pas moins à atteindre ces divers éléments?

On pourrait considérer qu'il y a autant de gages spéciaux que d'éléments distincts compris dans le fonds engagé : un gage de la clientèle, un gage du matériel, un gage du stock de marchandises, un gage du droit au bail, etc. Chacun de ces nantissements se suffirait à lui-même, aurait ses effets complets; pour chacun d'eux, le créancier serait considéré comme valablement nanti, de telle sorte qu'il pourrait faire valoir ses droits même contre le tiers qui aurait acquis isolément cette clientèle, ce matériel, ce droit au bail, ces marchandises, etc. Il y aurait là une situation analogue à celle que possède, dans notre régime hypothécaire, le créancier investi d'une hypothèque générale, soit hypothèque légale des mineurs ou de la femme mariée, soit hypothèque judiciaire : une telle hypothèque porte, on le sait, sur l'ensemble des immeubles du débiteur; l'hypothèque est générale, c'est-à-dire qu'elle frappe tous

les biens qui rentrent à un moment quelconque dans cet ensemble immobilier, mais elle s'attache spécialement à chacun de ces biens et le suit alors même qu'il soit isolé de l'ensemble par une aliénation distincte(1). Faut-il dire de même que chacun des éléments qui rentrent dans l'universalité fonds de commerce, une fois atteint par le nantissement global, en reste affecté même lorsqu'il est séparé de l'ensemble. Faut-il dire, au contraire, que le nantissement porte en principe sur le fonds envisagé comme universalité juridique susceptible d'augmentation et de diminution, et n'atteint que les éléments qui, au moment où le droit réel est exercé, sont compris dans l'universalité ?

La question, on le voit, est fort délicate, et l'on chercherait vainement sur elle des solutions explicites. Essayons pourtant de fixer quelques notions.

Le débiteur, qui a donné en gage son fonds de commerce, continue de l'exploiter, il vend les marchandises dont était composé le stock existant lors du nantissement; évidemment, le créancier gagiste ne pourra rien prétendre contre les tiers acquéreurs, les conditions même du nantissement s'y opposent; le droit réel n'affectait que l'ensemble de ces marchandises et non spécialement chacune des individualités composantes. La notion est toute naturelle, mais encore ne faudra-t-il pas l'élargir ? Supposons que le constituant vende en bloc ses marchandises, ou séparément encore l'ensemble de son matériel; l'aliénation sera-t-elle opposable au créancier gagiste ? On pourrait dire que non, parce que le créancier est censé nanti de chacune des

(1) Cf. Moulin, *op. cit.*, pp. 143 et s.

unités qui composent le fonds engagé lorsque ces unités sont prises dans leur ensemble, comme le stock des marchandises, l'ensemble du matériel ; le gagiste pourrait, dès lors, poursuivre même les tiers acquéreurs de bonne foi ; la règle de l'art. 2279 Civ. fléchirait devant le principe consacré par la loi du 1^{er} mars 1898. Or, nous nous refusons à penser que la loi ait pu vouloir conduire à de telles conséquences. Pour déterminer la solution à suivre, nous reprendrons encore un exemple qui nous est connu : un fonds industriel a été hypothéqué ; l'hypothèque s'étend virtuellement au matériel qui a le caractère d'immeuble par destination et est considéré comme faisant corps avec le fonds lui-même. Le débiteur vend séparément ce matériel ; quels seront les droits du créancier hypothécaire ? Tant que le matériel reste sur le fonds et continue à lui être attaché, il reste le gage du créancier hypothécaire qui pourra le faire saisir ; mais, une fois ce matériel détaché du fonds et remis au tiers acquéreur, il reprend sa nature propre, et, si le tiers acquéreur est de bonne foi, le créancier hypothécaire perd son droit de suite, sauf à faire valoir ses droits sur le prix s'il est encore dû (1). Il en serait de même si ce matériel avait été donné en gage à un tiers qui en aurait la possession de bonne foi.

Ce sont exactement les mêmes règles qu'il faudra appliquer, en principe, au cas de cession ou d'engagements isolés des objets matériels qui composent le fonds de commerce engagé, lorsque ces objets seront sortis du fonds, sauf au gagiste à démontrer la mauvaise foi du

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 286, pp. 427 et 428.

tiers acquéreur ou à établir que la cession ou l'engagement ne porte pas sur un objet particulier du fonds, mais sur le fonds lui-même pris comme ensemble. Logiquement, on ne voit pas pourquoi on n'appliquerait pas les mêmes notions à tous les cas d'aliénations ayant pour effet de détacher du fonds des objets particuliers qui y étaient compris, quels que soient ces objets, corporels ou incorporels. Le droit au bail, d'ordinaire englobé dans le nantissement du fonds, l'est, nous disent les travaux préparatoires, non comme « droit distinct », mais comme « simple élément de l'ensemble » : dès lors qu'il cessera d'être un élément de cet ensemble, ne cessera-t-il pas aussi d'être atteint par le nantissement global qui prenait le fonds en bloc ? Sans doute, on objectera que, dans la loi nouvelle, on a voulu substituer aux formalités spéciales prescrites de droit commun pour chacun des éléments d'un fonds une formalité intégrale qui les remplace toutes, que, en particulier, l'inscription au greffe du tribunal de commerce tient lieu, pour l'engagement du droit au bail, des conditions de remise du titre et de signification exigées d'ordinaire pour un tel acte ; le créancier gagiste du fonds de commerce aurait donc un gage spécial sur ce droit au bail, et la cession même isolée qui en serait faite ne lui serait pas opposable. On peut évidemment appliquer le même raisonnement pour tous les éléments qui entrent dans le fonds engagé, y compris les éléments matériels. Cependant, nous croyons qu'il est plus conforme à l'institution spéciale que nous envisageons de s'en tenir plutôt à une autre conception.

Tant que les éléments du fonds de commerce engagé coexistent pour former la même universalité, ils sont

et demeurent atteints par le nantissement global établi suivant les formes de la loi du 1^{er} mars 1898, et aucune aliénation n'est opposable au créancier gagiste ; si, au contraire, par un acte d'aliénation isolé un de ces éléments est détaché et attribué à un tiers qui ne possède pas en même l'ensemble du fonds engagé, cet élément doit être considéré comme indépendant, et le créancier gagiste ne peut le poursuivre si le tiers acquéreur est de bonne foi et a rempli les formalités voulues pour rendre l'aliénation opposable aux tiers. Par exemple, le débiteur constituant cède le droit au bail qu'il avait au moment de l'acte d'engagement ; le cessionnaire a signifié au bailleur et a été mis en possession des locaux pour y exercer un commerce différent de celui du cédant qui continue à exploiter le sien dans les mêmes conditions sauf le changement de local ; le créancier gagiste qui s'est contenté de prendre au tribunal de commerce une inscription pour l'ensemble du fonds ne pourra aucunement inquiéter ce tiers cessionnaire du bail. Nous appliquerions le même principe, par exemple, pour les brevets d'invention qui peuvent être compris dans le nantissement d'un fonds de commerce, etc.

Il y aura, en tout cas, à rechercher si l'aliénation indépendante considérée ne contient pas, en réalité, soit directement, soit indirectement, une véritable aliénation de fonds de commerce, une aliénation de la clientèle, un acte qui, en somme, porte sur l'exploitation elle-même dans son ensemble. Nous ne nous dissimulons pas qu'avec une telle notion on pourra se trouver en face de questions d'appréciation délicates ; mais, il nous paraît encore que cette élasticité de la conception est conforme à l'idée même sur laquelle on fait reposer

le nantissement d'un fonds de commerce. A l'objection qu'il devient alors très facile au débiteur de désagréger le gage qu'il a offert, on peut répondre que l'inconvénient est inhérent à la nature même des choses, que, au surplus, le créancier qui voudra des garanties plus sûres n'aura qu'à remplir, pour chacune des valeurs sur lesquelles il veut un gage spécial et rigoureux, les conditions mêmes qui de droit commun sont prescrites.

Toutes les difficultés que nous avons soulevées ne se présenteront pas dans tous les cas de nantissements de fonds de commerce. Ainsi, si l'on examine l'ensemble des espèces sur lesquelles on avait discuté dans la jurisprudence antérieure à notre loi, on ne rencontre guère certaines de ces questions spéciales que nous avons voulu poser. Quant à l'objet même sur lequel portait le nantissement dans ces diverses espèces, il était, nous l'avons dit, généralement facile à définir : le gage était nettement établi sur ces biens qui représentent d'ordinaire un fonds de commerce : achalandage, droit au bail, matériel, marchandises ; la faillite survenant peu de temps après l'acte d'engagement, le fonds de commerce était facilement reconnaissable, sensiblement le même à part le renouvellement des marchandises en magasin ; on pouvait alors très aisément régler les droits du gagiste. Il est bien évident que ce sera souvent dans les mêmes conditions que l'on aura à envisager l'application des nantissements régis par la loi nouvelle. Cependant, il n'est pas dit que les hypothèses restent toujours aussi commodes ; les nantissements de fonds de commerce sont appelés à se présenter avec la plus grande variété, et il est bon alors

qu'on puisse se rattacher à des notions plus larges et plus précises. On a vu, par ce que nous avons montré, qu'il y a beaucoup de questions spéciales dont il importe d'affermir la solution.

Section III. — Effets principaux des nantissements régis par la loi nouvelle.

Nous avons tâché de définir comment se comportait l'objet dans les nantissements soumis à la loi nouvelle. Il est bon, pour fixer les notions, de préciser les effets principaux de ces nantissements.

Quels sont les droits du créancier gagiste vis-à-vis du fonds grevé ? Le principe est que, une fois le gage régulièrement constitué et conservé par la publicité prescrite, l'inscription au greffe du tribunal de commerce, le créancier doit être considéré comme nanti du fonds engagé qui n'est plus possédé par le débiteur que sous réserve des droits du gagiste.

Le droit réel, né de cette affectation, ne se réduit pas à un simple droit de préférence ; il implique aussi droit de suite. Les aliénations que le constituant ferait de son fonds après une inscription régulière ne seraient pas opposables au créancier qui aurait valablement conservé ses droits ; malgré l'aliénation, il pourrait poursuivre le fonds entre les mains du tiers détenteur, le saisir et le faire vendre, pour exercer son privilège (1).

L'existence du droit de suite soulève une difficulté spé-

(1) V. l'exposé des motifs du projet du gouvernement précité ; E. Lepage, *op. cit.*, p. 312 ; *Revue du Notariat*, juillet 1898, n° 10119, pp. 558 et s.

ciale : le tiers acquéreur pourra-t-il purger le fonds des nantissements qui le grèvent ? En matière d'hypothèque immobilière, la loi a organisé la purge, c'est-à-dire la procédure à suivre par le tiers détenteur pour prévenir ou arrêter l'exercice du droit de suite en offrant le prix ou la valeur estimative de l'immeuble par lui acquis (art. 2181 et s., C. civ.). La loi a aussi établi une procédure analogue en ce qui concerne les hypothèques maritimes (loi du 10 juillet 1885). Rien de semblable n'est prévu par la loi du 1^{er} mars 1898 : il n'existe donc aucune purge légale pour les tiers détenteurs de fonds de commerce grevés de nantissements.

C'est là une lacune fort grave. Pour parer à cet inconvénient, les praticiens conseillent de recourir à une purge conventionnelle : dans les actes de nantissement, on insérerait une clause réservant à l'acquéreur éventuel la faculté de purger en se soumettant à payer son prix aux créanciers gagistes faute par ceux-ci d'exercer dans un délai déterminé leur droit complet de réalisation contre le tiers détenteur (1). Voilà encore un point très important qui mérite d'être fixé soit par le législateur, soit par la pratique elle-même.

Régulièrement, ce sera dans une faillite que le gagiste aura à faire valoir ses droits ; ces droits s'exerceront, d'une manière générale, comme ceux qui compètent ordinairement aux créanciers gagistes nantis de biens dépendant d'une faillite (art. 546 et s. Com.). Si les syndics ne retirent pas le gage en remboursant la dette, les titulaires des nantissements du fonds de commerce pourront en provoquer la vente, sans être obligés de

(1) E. Lepage, *op. cit.*, p. 312 ; *Revue du Notariat*, juillet 1898, n° 10119, pp. 558 et s.

subir l'initiative des syndics, alors même que l'intérêt de la masse serait peut-être de placer à une autre époque la réalisation de cet actif (1).

On voit donc les conséquences très importantes qui s'attachent à ces garanties constituées sur un fonds de commerce. Nous avons déjà dit les avantages que le procédé pouvait donner pour la protection des droits du vendeur d'un fonds. Non seulement, on pourra arriver, de cette manière, à donner à ce vendeur un droit de suite qui de droit commun lui fait défaut, mais surtout, au cas de faillite, au lieu d'être réduit au rang des chirographaires, le cédant du fonds aura la situation d'un privilégié. Aussi, ne faut-il pas s'étonner de ce que la clause de nantissement au profit du cédant est devenue déjà de style dans les cessions où le prix n'est pas immédiatement réglé (2). Désormais, nous l'avons remarqué, on peut dire que l'abolition du privilège du vendeur de fonds au cas de faillite n'est plus que nominale : c'est là un résultat fort notable, si l'on se rappelle comment, lors de la discussion de l'art. 550 C. Com., on avait formellement exclu les droits particuliers qui, de droit commun, devaient compéter au cédant d'un fonds de commerce.

Nous ne voulons indiquer ici que les principaux effets de nos nantissements spéciaux ; les règles ordinaires du gage, celles notamment qui concernent les modes de réalisation, trouveront d'une manière générale leur application. C'est aussi aux principes généraux qu'il

(1) Cf. E. Lepage, *op. cit.*, pp. 307 et s.

(2) V. E. Lepage, *op. cit.*, pp. 307 et 308 ; *Rev. du Notariat*, *op. cit.*, p. 555 ; Poulain de Corbion, dans le *Moniteur Vinicole* des 19 et 26 mai 1899.

faudra se référer, pour déterminer le rang du privilège du gagiste, en tenant compte du classement des divers créanciers gagistes d'après l'ordre de leurs inscriptions. Le plus souvent, le créancier auquel un fonds de commerce aura été donné en nantissement se trouvera en conflit avec le bailleur des locaux d'exploitation ; en règle même, ce dernier aura l'avantage, si l'on suppose que le bail est antérieur au nantissement ; il est bien évident que, dans ce cas, le bailleur conserve tous ses droits, non seulement le droit de faire résilier le bail le cas échéant, mais surtout celui de se payer des loyers sur les objets mobiliers, matériel, marchandises, qui garnissent les lieux loués. Les droits du gagiste pourront ainsi être considérablement amoindris, peut-être même complètement anéantis ; car, il n'est pas rare, par exemple, de voir des faillites où le privilège du bailleur, même restreint selon les conditions fixées par la loi du 28 février 1872 (art. 550 C. Com.), absorbe la plus grande partie, sinon la totalité de l'actif ; il y a beaucoup de clôtures de faillites pour insuffisance d'actif qui n'ont pas d'autre cause (1). On peut soupçonner, en tout cas, la grave atteinte qui sera portée aux droits de la masse, lorsqu'elle aura à compter, non seulement avec un privilège de bailleur, mais encore avec un ou plusieurs gagistes du fonds de commerce.

Lorsqu'on examine les effets du nantissement dans

(1) V. Thaller, *Traité*, p. 981, note 1, et *Annales de Droit Commercial*, 1896, pp. 289-301 ; Cf. Pignolet. *Rev. du Notar. et de l'Enreg.* 1896, n° 9584, p. 399 ; *Trib. comm. Seine*, 13 déc. 1894, *J. trib. com.* 96, n° 13342, p. 84 ; 16 août 1895, *J. trib. com.* 96, n° 13396, p. 254 ; 21 nov. 1895, *J. trib. com.* 1897, n° 13663, p. 88.

les rapports du créancier et du constituant, le principe à suivre est que le débiteur conserve le droit d'administrer librement ses affaires, mais qu'il doit sauvegarder les garanties du gagiste. Ce dernier, s'il voyait ses droits menacés, pourrait demander soit un supplément de garantie, soit son remboursement. Le fait que le débiteur est laissé à la tête de ses affaires doit entraîner pour lui une certaine liberté d'allures; le créancier est censé avoir consenti à laisser au constituant une maîtrise assez large sur la direction de son exploitation. Cela n'empêche pas que le créancier ne puisse prendre des mesures spéciales pour la protection de ses intérêts, stipuler, par exemple, l'exigibilité de sa créance dans le cas où le débiteur vendrait son fonds en bloc, ferait une aliénation isolée du matériel, céderait son bail ou le résilierait, ou pour le cas encore où il ne maintiendrait pas dans ses magasins un minimum déterminé de marchandises, etc., etc. (1).

Comme nous l'avons dit, c'est en combinant ces notions spéciales avec les principes communs, que l'on fixera les effets principaux de ces nantissements, et que l'on pourra combler, dans une certaine mesure, les lacunes de la loi et corriger les incertitudes d'une pratique trop neuve encore pour être bien réglée.

Section IV. — Comment fonctionne la publicité spéciale prescrite par les nantissements de fonds de commerce.

La loi du 1^{er} mars 1898 se borne à prescrire l'inscription des nantissements de fonds de commerce sur un

(1) E. Lepage, *op. cit.*, p. 315 ; *Rev. du Notariat*, juillet 1898, n° 10419 pp. 558 et s.

registre tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est sis le fonds. Mais, il n'y a là que la détermination du principe de la publicité ; celle-ci n'est nullement organisée avec les détails voulus, ce qui ne peut manquer de donner lieu à de graves difficultés. On n'a pas tardé à accuser surtout à ce point de vue l'imperfection de la loi nouvelle, et c'est dans ce sens que le Gouvernement a déposé un projet destiné précisément à réglementer la publicité des nantissements de fonds de commerce.

En conformité de la loi nouvelle, il a dû être ouvert, au greffe de chaque tribunal de commerce, un registre spécial destiné à recevoir mention des actes de nantissement des fonds de commerce sis dans le ressort. Comment peut-on justifier le choix d'un tel mode d'information ?

« En préférant la publicité d'un registre de greffe à celle des journaux judiciaires, dit le rapport de M. Mille-rand (1), nous croyons servir à la fois l'intérêt du débiteur, légitimement fondé à réclamer que cette publicité nécessaire soit aussi discrète que possible et celui des tiers qui sauront, le cas échéant, où trouver sûrement et vite, le renseignement utile ». « Le mode de publicité ainsi établi, dit de son côté M. Thézard dans son rapport au Sénat, est certainement des mieux appropriés à l'objet poursuivi. Le greffe du tribunal de commerce est tout indiqué comme dépôt des actes commerciaux qui intéressent les tiers : c'est déjà un des lieux où doivent être déposés, pour être à la disposition du pu-

(1) *Journal officiel*, Chambre des députés, annexes de la sess. extraord. de 1897, n° 2771, pp. 93 et 94.

blic, les actes constitutifs des sociétés et les pièces annexes ».

Nous n'hésitons pas à reconnaître que le mode de publicité choisi est tout naturel et nous paraît aussi le plus pratique pour les applications auxquelles il est destiné. On a cependant critiqué ce système, en lui préférant une publicité par mention dans les journaux d'annonces judiciaires ; on a dit que les commerçants seraient mieux et plus facilement renseignés par ces annonces que par des recherches aux registres de greffe (1). Nous pensons néanmoins que la publicité des registres publics est préférable pour cette raison surtout qu'elle est, ainsi que le disent les travaux préparatoires, plus « discrète ». Ce qu'il faut regretter, en acceptant le principe de cette publicité, c'est qu'on ne l'ait pas encore appliquée aux cessions de fonds de commerce : faute d'inscription de ces actes, un créancier gagiste peut se voir opposer l'aliénation d'un fonds faite avant qu'il ait fait inscrire son gage sur ce fonds, ou encore un privilège de vendeur antérieur.

C'est par la situation du fonds engagé qu'est déterminé le centre de publicité ; si le même fonds est exploité dans les ressorts de plusieurs tribunaux de commerce, il conviendra de faire inscrire aux greffes de ces différents tribunaux (2).

Le fonctionnement de la publicité spéciale soulève de multiples questions pour lesquelles on ne trouve aucune indication dans la loi : sous quelles formes l'inscription peut elle être requise ? quelles personnes

(1) V. Magnier et Pruvost, *op. cit.*, p. 74 ; Poulain de Corbion, *op. et loc. cit.*

(2) Cf. E. Lepage, *op. cit.*, p. 309.

peuvent la requérir ? quelles sont les énonciations que doit contenir l'inscription ? pour quelle durée vaut-elle ? comment pourront se faire les radiations, les réductions ? dans quelles conditions les tiers pourront-ils prendre connaissance des mentions qu'il leur est utile d'examiner ? etc., etc.

Faute de réglementation légale, c'est à la pratique d'essayer d'y suppléer ; elle pourra s'inspirer des règles qui président à la publicité des hypothèques terrestres ou maritimes ; déjà, paraît-il, le greffe du tribunal de commerce de la Seine notamment a établi une véritable réglementation ; mais, on comprend qu'il est difficile, en l'absence de texte, de régler tous les points douteux.

Il n'y a pas de délai spécial fixé pour l'inscription ; « il ne nous a pas paru nécessaire, dit M. Millerand dans son rapport, de fixer un délai pour l'inscription du contrat au registre public. Nous avons suivi sur ce point l'exemple du rédacteur du Code Civil qui n'a pas davantage assigné de terme pour l'enregistrement de l'acte de gage. La célérité des contractants à exécuter les prescriptions de la loi est, dans un cas comme dans l'autre, garantie par leur intérêt, puisqu'ils se trouveraient dans l'impossibilité d'opposer le contrat de gage aux tiers qui auraient acquis des droits avant l'accomplissement des formalités légales ».

Quelles sont les énonciations que devra contenir l'inscription ? Il serait très utile de les déterminer nettement ; dans la pratique, on devra du moins exiger les mentions importantes : notamment, le chiffre de la créance garantie, la désignation précise du fonds de commerce, etc., etc.

Pour quelle durée vaudra l'inscription une fois

qu'elle aura été prise ? Il n'y a aucun délai de péremption fixé par la loi ; c'est pourtant une mesure qui s'impose ; le projet du Gouvernement fixe le délai à cinq ans, ce qui nous paraît fort raisonnable.

Autres points douteux : comment s'opérera la réduction ou la radiation de l'inscription ?

Comment les tiers pourront-ils prendre leurs informations ? Le greffier sera sans doute tenu de communiquer les registres et d'en délivrer les extraits qu'on lui indique, mais, faute de prescription légale, il sera difficile aux intéressés d'obtenir des états complets d'inscriptions ou des certificats négatifs (1).

Il y a, on le voit, beaucoup de lacunes à combler et il est urgent qu'une réglementation intervienne à cause des développements que la pratique des nantissements, au plus haut point encouragée par la loi nouvelle, ne manquera pas de prendre.

Comme indication générale des diverses questions à propos desquelles on pourrait demander l'organisation de la publicité des nantissements de fonds de commerce, nous croyons utile de reproduire le texte même soumis au Parlement par le Gouvernement. Voici le projet déposé le 25 février de cette année, devant la Chambre des députés, par M. Lebret, garde des sceaux (2) :

Projet de loi relatif à la publicité des nantissements de fonds de commerce.

Art. 1. « Le privilège résultant de l'acte contenant une cession en nantissement d'un fonds de commerce

(1) Cf. E. Lepage, *op. cit.*; *Rev. du Not. et de l'Enreg.*, 1898, n° 10419.

(2) V. pour l'exposé des motifs, *Journal. off.*, *loc. cit.*

s'établit par le seul fait de l'inscription prévue en l'art. 2075, deuxième alinéa, du Code Civil, sans qu'il soit besoin d'aucune autre formalité. »

Art. 2. « Pour opérer l'inscription, il est représenté au greffier du Tribunal de commerce, soit par le créancier lui-même, soit par un tiers, l'original enregistré du titre constitutif du nantissement s'il est sous seing privé ou reçu en brevet, ou une expédition s'il en existe minute. Il y est joint deux bordereaux écrits sur papier timbré et signés par le requérant ; l'un d'eux peut être porté sur l'original ou sur l'expédition du titre. Ils contiennent :

1°) les noms, prénoms, domiciles, du créancier et du débiteur, et leur profession, s'ils en ont une ;

2°) la date et la nature du titre ;

3°) le montant du capital des créances exprimées dans le titre ou leur évaluation, comme aussi le montant des accessoires de ces capitaux et l'époque de l'exigibilité ;

4°) les noms et prénoms du propriétaire du fonds de commerce donné en nantissement, ainsi que l'indication de la nature et du siège de ce fonds de commerce, sans préjudice de toutes autres énonciations propres à le faire connaître. »

Art. 3. « Le greffier transcrit sur son registre le contenu aux bordereaux et remet au requérant tant le titre ou l'expédition du titre que l'un des bordereaux au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription. »

Art. 4. « L'inscription conserve le privilège pendant cinq années, à compter du jour de sa date ; son effet cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai. »

Art. 5. « Les inscriptions sont rayées soit du consen-

tement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, soit en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée.

A défaut de jugement, la radiation totale ou partielle ne peut être opérée par le greffier que sur le dépôt d'un acte authentique de consentement à la radiation donné par le créancier ou son cessionnaire justifiant de ses droits. »

Art. 6. « Lorsque la radiation non consentie par le débiteur, est demandée par voie d'action principale, cette action est portée devant le tribunal de commerce du lieu où l'inscription a été prise. »

Art. 7. « La radiation est opérée au moyen d'une mention faite par le greffier en marge de l'inscription. Il en est délivré certificat aux parties qui le demandent. »

Art. 8. « Les greffiers des tribunaux de commerce sont tenus de délivrer à tous ceux qui le requièrent copie des inscriptions subsistantes ou certificat qu'il n'en existe aucune. »

Art. 9. « Dans aucun cas les greffiers ne peuvent refuser ni retarder les inscriptions, ni la délivrance des états ou certificats requis. »

Art. 10. « Le droit d'inscription des créances garanties au moyen du nantissement d'un fonds de commerce est fixé à 0.50 p. 1000 du capital de ces créances.

Les actes de dépôt, récépissés, bordereaux, mentions, états et certificats faits ou délivrés en exécution de la présente loi, ainsi que les réquisitions adressées aux greffiers en vertu de l'art. 8 ne donneront lieu à aucun droit que le coût du papier timbré employé ; ils seront, le cas échéant, enregistrés gratis. Le registre

des inscriptions tenu par le greffier, en exécution de l'art. 3, sera en papier timbré. »

Art. 11. « Un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique déterminera les émoluments à allouer aux greffiers des tribunaux de commerce, ainsi que toutes les autres mesures d'exécution de la présente loi ».

Section V. — Appréciation générale de la loi du 1^{er} mars 1898.

Après avoir essayé d'analyser la loi spéciale sur les nantissements de fonds de commerce, il faudrait dégager l'impression qu'elle donne.

Avant tout, nous devons constater les résultats indiscutables de la réforme. Il est incontestable d'abord qu'elle a mis fin aux abus des nantissements clandestins que la jurisprudence antérieure de la Cour de Cassation et des Cours d'Appel favorisait au plus haut degré ; c'est là d'ailleurs, nous le savons, le but que l'on s'était surtout proposé en vue d'écarter un danger auquel, de l'aveu de tous, il était urgent de parer ; il faut reconnaître qu'à ce point de vue, la réforme, sagement inspirée, a été heureuse.

Une conséquence d'un autre ordre mais encore certaine de la loi nouvelle, c'est qu'elle est destinée à faciliter les nantissements de fonds de commerce en excluant une condition qui gênait essentiellement cette pratique, le dessaisissement du débiteur. Par une formalité très simple, elle donne au commerçant le moyen de donner en garantie de ses obligations des biens qui constituent souvent le principal de sa fortune. Les

faits sont là d'ailleurs pour attester cet effet de la législation actuelle; de toutes parts, on signale le développement des applications de ces nantissements, nous avons dit, en particulier, comment le procédé était devenu usuel dans les cessions de fonds de commerce. C'est tellement vrai que certains paraissent déjà effrayés des progrès de l'institution; on ne saurait donc contester la portée pratique de la réforme.

Il semble qu'une des premières questions à examiner sur le sujet qui nous occupe doit être celle de savoir s'il est utile d'encourager la pratique des nantissements de fonds de commerce. A première vue, on ne voit pas pour qu'elles raisons un commerçant ne pourrait pas utiliser son fonds de commerce, de valeur considérable souvent, pour se procurer du crédit; il est indéniable que de nos jours les applications du crédit se sont multipliées, qu'on leur cherche constamment de nouvelles bases, que ces applications correspondent à des besoins réels; pourquoi les fonds de commerce ne serviraient-ils pas d'instruments de crédit? Mais alors la question revient à celle-ci: est-il possible d'organiser un bon système de crédit assis sur des fonds de commerce? dans cette voie, la solution introduite par la loi du 1^{er} mars 1898 est-elle satisfaisante?

Nous savons qu'une des conditions essentielles pour le fonctionnement régulier d'un système de garanties réelles est l'organisation d'un régime de publicité sérieux. Ce régime, la loi du 1^{er} mars 1898 l'a établi pour le nantissement des fonds de commerce; il se concilie, en effet, avec la nature et la fonction de cette catégorie de biens; on comprend parfaitement qu'on puisse déterminer un centre d'informations où sera en quelque

sorte enregistré l'état civil d'une exploitation commerciale, et nous estimons qu'à ce point de vue la loi nouvelle réalise un progrès notable en déterminant un mode de publicité bien approprié aux applications pour lesquelles il est consacré et que l'on pourrait utiliser pour des applications d'un autre genre, notamment les cessions de fonds de commerce.

Nous n'insisterons pas sur des critiques que nous avons eu déjà plusieurs fois l'occasion de formuler et sur lesquelles on est généralement d'accord, à savoir que la loi nouvelle, beaucoup trop hâtive et sommaire, manque d'une orientation suffisante, et n'est point consolidée par la réglementation minutieuse que son application devait impérieusement exiger. Beaucoup de retouches seront, à notre avis, nécessaires.

Mais, pour apprécier la valeur de la loi nouvelle, il faut surtout envisager certaines de ses conséquences principales. Un bon système de crédit doit sauvegarder à la fois l'intérêt du débiteur, l'intérêt du créancier auquel la garantie est offerte, l'intérêt des tiers ; comment juger, à ces divers points de vue, la solution donnée à la question des nantissements de fonds de commerce ?

En ce qui concerne l'intérêt du débiteur, une des principales objections que l'on ait faites contre le principe de la loi du 1^{er} mars 1898 est la suivante : sans doute, on ne conçoit pas un nantissement de fonds de commerce sans une publicité sérieuse, elle est absolument nécessaire ; mais, d'un autre côté, cette publicité même va à l'encontre du but poursuivi, parce qu'elle révèle la situation gênée du débiteur qui a recours à une telle pratique et porte la plus funeste atteinte à son crédit.

« Décréter la publicité du nantissement, a-t-on dit (1), c'est, en réalité, décréter sa suppression. Il n'est pas douteux que les agences de renseignements établiront un service spécial à cet égard et adresseront périodiquement à leurs abonnés une liste de tous les fonds donnés en nantissement pendant un certain laps de temps. Le commerçant qui aura eu recours à un tel moyen pour se procurer des subsides verra, dès lors, tout crédit se fermer devant lui ; c'est la ruine à brève échéance. En sorte que, dans la pratique, le nantissement disparaîtra précisément le jour où la loi aura voulu en assurer le fonctionnement. Ce n'est pas, comme on le prétend à tort, parce qu'on considère le nantissement comme frauduleux, mais simplement parce qu'il révélera une situation embarrassée ».

L'objection a une réelle valeur, on ne saurait se le dissimuler. Sans doute, on doit pour cette raison chercher à rendre la publicité aussi discrète que possible, mais elle n'en est pas moins essentielle, et il faut qu'elle soit sérieuse ; c'est surtout la clandestinité des nantissements qu'il y a lieu d'éviter ; il vaut mieux qu'ils soient beaucoup moins nombreux mais plus loyaux. Il est évident que le recours à ce genre de nantissements indiquera le plus souvent une situation embarrassée, mais faudra-t-il absolument le considérer comme un signe de ruine inévitable ? Contre tout système de crédit on peut faire, en somme, des objections analogues ; les difficultés sont sans doute plus considérables en matière commerciale où le fonctionnement du crédit est plus délicat ; cependant, on ne peut nécessairement in-

(1) Armand Pigolet, *op. cit.*, p. 409.

féder de ce que l'on a vu dans beaucoup de cas les nantissements de fonds de commerce suivis à bref délai d'une faillite, qu'il est impossible de les voir fonctionner plus utilement. Ne peut-on pas penser que mieux réglée, mieux connue, plus loyale, cette pratique perdra le caractère anormal et dangereux qu'on a été souvent porté à lui reconnaître ? Ne pourra-t-elle pas permettre au commerçant honnête de contracter plus facilement des emprunts nécessaires pour assurer la marche de son entreprise ? ne sera-t-elle pas avantageuse notamment, dans bien des cas, pour faciliter l'acquisition d'un fonds de commerce à celui qui n'a pas des capitaux immédiatement disponibles ? Ne voit-on pas que, à mesure que se multiplient en matière commerciale les applications du crédit réel, les préjugés contre l'emploi de ces moyens tendent à s'amoindrir ? Au commencement du siècle le Code de commerce n'avait pas organisé le gage commercial sous le prétexte que l'emprunt sur gage était une cause de discrédit, or, la pratique journalière n'a-t-elle pas montré ce que ces craintes avaient de chimérique (1) ?

On peut faire encore contre le système des nantissements de fonds de commerce une objection très forte ; elle est relative à la protection des intérêts du créancier ; c'est que la garantie qui lui est offerte n'est pas solide. « La garantie offerte au créancier, dit-on, n'est en somme qu'un « fantôme », puisqu'il dépend de son débiteur de l'en priver (2). » Le débiteur qui a engagé son fonds de commerce pourra, en effet, désagréger le gage en vendant isolément son matériel, ses marchan-

(1) Cf. Magnier et Pruvost, *op. cit.*, pp. 68 et 69.

(2) A Pignolet, *op. et loc. citi.*

dises sans renouveler le stock, en faisant résilier le bail, etc. De plus, le privilège du gagiste se heurtera souvent au droit plus fort du bailleur des immeubles affectés à l'exploitation ; le bailleur, en effet, auquel seront dûs des loyers, fera saisir les objets qui garnissent les locaux, le matériel, les marchandises, qui bien souvent représenteront la seule valeur réelle du fonds de commerce, et pourra ainsi singulièrement diminuer, sinon annihiler, les garanties du gagiste (1).

Ces difficultés sont sérieuses. En général, lorsqu'on a voulu introduire dans la pratique le gage sans déplacement, on s'est heurté à cet obstacle que, le débiteur conservant la possession de la chose engagée, la garantie qui y repose est en quelque sorte à sa merci, et qu'on ne peut, pour toute espèce de biens, notamment pour les meubles de circulation courante, frapper d'interdit tous les actes d'aliénation sans nuire à l'intérêt des tiers et aux nécessités du commerce. On a dû souvent renoncer à établir un droit de suite en matière mobilière ; on a cherché à y suppléer par des sanctions pénales dont nous avons signalé l'exemple à propos de la récente loi sur les warrants agricoles. En ce qui concerne les fonds de commerce, on dira sans doute que par la loi du 1^{er} mars 1898 le droit de suite est consacré, en tant du moins qu'il s'applique aux fonds de commerce proprement dits, à la valeur clientèle avec ce qui y est rattaché, à tous les éléments composant le fonds lorsqu'il est pris comme ensemble. N'empêche que cette universalité est essentiellement morcelable, que des

(1) Cf. Trib. comm. Seine, 13 déc. 1894 ; 16 août 1895 ; 21 nov. 1895, précités ; A. Pignolet, *op. cit.*, p. 399 ; Thaller, *Traité*, n° 1584, p. 877, note 2.

aliénations isolées pourront distraire du gage des valeurs, comme le matériel, les marchandises, qui en étaient souvent la portion la plus claire et la plus saisissable, et qu'il sera difficile au créancier de reconstituer la garantie sur laquelle il avait compté. Il ressort de là cette conséquence, que l'on aura à prendre des précautions, à considérer les qualités des débiteurs avec lesquels on voudra traiter et la solidité du gage qu'ils veulent offrir ; cela aura au moins l'avantage d'introduire plus de prudence et plus de solidité dans la pratique des nantissements. Le créancier fortifiera au besoin ses sûretés par des garanties spéciales ; il devra, en particulier, s'enquérir de la situation du constituant vis-à-vis du bailleur des immeubles. On dit bien qu'il pourra arriver que le gagiste ne trouve au moment voulu plus rien pour exercer ses droits utilement ; cependant, dans la plupart des faillites, même après la saignée faite par le privilège du bailleur, il reste un actif sur lequel le gagiste du fonds pourra venir avant la masse. Le commerçant est amené le plus souvent par son intérêt à continuer son commerce jusqu'à la dernière limite et, par conséquent, à conserver un fonds suffisamment fort.

A côté des intérêts du débiteur constituant, à côté de ceux du créancier gagiste, il faut bien se préoccuper aussi de l'intérêt des tiers, de tous les créanciers en général qui traitent avec un commerçant. Nous connaissons les préoccupations de nos Codes sur ce point ; nous avons eu souvent à signaler les tendances égalitaires, on a même dit « socialistes », de notre régime des faillites ; on sait comment on a réduit, par exemple, le privilège du bailleur, et pourquoi, en matière

mobilière, on fait rentrer le vendeur dans la masse des chirographaires. La loi du 1^{er} mars 1898 fait échec à cet esprit, puisqu'elle permet très simplement à des créanciers de se faire une position privilégiée sur l'ensemble de l'actif commercial, et que, en particulier, elle offre au vendeur du fonds de commerce le moyen de reconquérir le rang favorable que le droit commun lui enlevait.

On se rend bien compte que les privilèges de gagistes de fonds de commerce vont peser lourdement sur bien des faillites, aggravant la charge si sensible qu'entraîne souvent le privilège du bailleur d'immeubles, et l'on s'imagine le désespoir des syndics qui ne trouveront rien à distribuer à la masse. Cependant, n'est-il pas permis de penser que le nantissement, en offrant au commerçant les moyens d'obtenir des capitaux en temps opportun, pourra lui éviter la faillite ? De plus, on peut surtout faire observer que les inconvénients supposés se comprennent principalement avec un régime de privilèges occultes, qu'ils disparaissent au contraire, au moins dans une grande mesure, lorsqu'une publicité bien apparente et facilement contrôlable permet à chacun de prendre les informations nécessaires à la protection de ses droits. Les nantissements de fonds de commerce étaient désastreux avec un système de jurisprudence qui ne les assujettissait à aucune extériorisation réelle ; avec la publicité introduite par la loi du 1^{er} mars 1898, ils deviennent loyaux, bien reconnaissables, ceux qui contractent avec un commerçant peuvent se renseigner et ne traiter qu'à bon escient.

Toutefois, même en acceptant le principe de cette loi, on a fait valoir qu'il fallait entourer le crédit commer-

cial de protections plus efficaces. Nous avons dit qu'on avait proposé de substituer à la publication sur des registres de greffe, ou tout au moins de lui adjoindre, une publication dans des journaux d'annonces judiciaires, avec cette raison que la publicité tombe ainsi plus facilement sous les yeux des intéressés. On a même demandé davantage dans ce sens : lorsqu'un commerçant voudrait donner en nantissement son fonds de commerce, il devrait faire connaître son intention dans un journal d'annonces, de manière à avertir les créanciers qui jouiraient, durant un délai de dix jours, du droit de former opposition ; en d'autres termes, on appliquerait à la constitution du nantissement les mêmes règles que l'usage a tenté de consacrer en matière de cessions de fonds de commerce proprement dites (1). Par là, on empêcherait que les créanciers ne soient dépouillés de l'actif qu'ils avaient pu jusque-là considérer comme leur gage commun. A vrai dire, il n'y a là qu'une extension logique des règles que l'on a voulu appliquer aux cessions de fonds de commerce : si l'on ne veut pas qu'il puisse y avoir une aliénation proprement dite du fonds au détriment des créanciers chirographaires, si l'on veut tout au moins laisser à ces derniers un délai pour faire valoir leurs droits, pourquoi ne suivrait-on pas les mêmes règles lorsqu'il s'agit d'une dation en nantissement, c'est-à-dire d'une aliénation indirecte ? On n'en est pas moins obligé de reconnaître que la mesure proposée sort du droit commun, qu'elle vient singulièrement compliquer le fonctionnement des nantissements et les gêner extrêmement (2).

(1) V. Poulain de Corbion, *op. et loc. cit.*

(2) Cf. Magnier et Pruvost, *op. cit.*, p. 70.

En somme, il faut avouer que la question des nantissements de fonds de commerce est fort complexe, qu'elle soulève de multiples difficultés et qu'il est malaisé de concilier tous les intérêts en conflit. On s'est donc abusé lorsqu'on a cru trancher d'un mot le débat et renfermer en quelques lignes une réforme aussi importante et aussi originale dans son principe, et nous estimons que la loi du 1^{er} mars 1898 sera d'une application très pénible. A le bien considérer, il nous paraît difficile de fonder un bon système de crédit réel sur des valeurs aussi imprécises que les fonds de commerce. Toutefois, il serait excessif de rejeter *à priori* des tentatives louables comme celles qui ont inspiré la loi du 1^{er} mars 1898 ; il y a des hypothèses où les nantissements de fonds de commerce correspondent à des besoins réels ; ils peuvent être utiles, en particulier, pour faciliter les cessions de fonds de commerce, en permettant au cédant d'affermir ses droits. Mais, encore une fois, il faudrait aborder la question avec plus de réflexion, examiner dans son ensemble la législation des fonds de commerce, non seulement pour ce qui touche aux nantissements, mais encore pour les cessions elles-mêmes, donner en un mot une réglementation complète qui se guide sur les intérêts réels de la pratique.

Vu : Le Président de la thèse :

JULES VALERY

Vu : le Doyen

VIGIÉ.

Vu et permis d'imprimer :

Montpellier, le 15 juin 1899.

Le Recteur,

An. BENOIST.

BIBLIOGRAPHIE

ALAUZET : *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, 3^e édit., 1879.

ANONYMES : *Annales de droit commercial*, 1898, pp. 330 et 331 : *Critique de la loi du 1^{er} mars 1898 sur le nantissement des fonds de commerce*.

— Lois nouvelles, 1^{re} partie, n^{os} du 15 mars 1898, pp. 165-178, et du 15 avril 1898, pp. 215-217 : *Sur la loi du 1^{er} mars 1898*.

— *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1898, n^o 10119 : *Nantissement des fonds de commerce, application de la nouvelle loi dans la pratique notariale*.

AUBRY et RAU : *Cours de droit civil français*, 4^e et 5^e édit.

BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU : *Des biens*, 1896.

— et DE LOYNES : *Du nantissement, des privilèges et hypothèques, et de l'expropriation forcée*, 1895.

BEKKER : *Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Actiengesellschaften*, dans *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, t. IV, 1861, pp. 499-567.

BOISTEL : *Précis de droit commercial*, 1878.

CLOS : *De l'hypothèque des choses incorporelles* (droit romain), thèse Paris, 1886.

COSACK : *Lehrbuch des Handelsrechts*, 4^e édit., 1898.

DALLOZ : *Jurisprudence générale, Répertoire et Supplément ou Répertoire*, principalement v^o *Industrie et commerce*.

DEMOLOMBE : *Traité de la distinction des biens*, 1854.

DICTIONNAIRE DES DROITS D'ENREGISTREMENT : Par les directeurs du *Journal de l'Enregistrement et des domaines*, 3^e édit., v^o *Fonds de commerce*, 1883.

DIETZ-MONNIN : *Rapport au Sénat sur la proposition* (Bozérian), Dietz-Monnin, etc., *relative aux fraudes tendant à faire passer pour français des produits fabriqués à l'étranger ou en provenant*, etc., *Journal officiel, Sénat, documents parlementaires*, sess. extraord. de 1890, annexe n^o 8.

EHRENBERG : *Ueber das Wesen der Firma, zugleich ein Beitrag zur Lehre*

- von den negativen Verbindlichkeiten, dans *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, t. XXVIII (1882), pp. 25-35.
- ENDEMANN : *Das deutsche Handelsrecht*, 3^e édit., Heidelberg, 1876.
- GARNIER : *Répertoire général et raisonné de l'Enregistrement*, 6^e édit., 1878.
- GAUDEMET : *Etude sur le transport des dettes à titre particulier*, Paris, 1898.
- GIERKE : *Entwurf des neuen Handelsgesetzbuchs*, dans *Zeitschrift für das ges. Handelsrecht*, t. XLV, 1896, pp. 440-540.
- GUILLOUARD : *Traité du nantissement et du droit de rétention*, 2^e édit., 1896.
- *Traité des privilèges et hypothèques*, 1896.
- G. HARTMANN : *Introduction historique au traité de M. G. Lèbre sur les fonds de commerce*, 1887.
- HUC : *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, depuis 1891.
- LABAND : *Critique du Traité d'Endemann*, dans *Zeitschrift für das ges. Handelsrecht*, t. VIII, 1863, pp. 645 et s.
- *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften*, dans *Zeitsch. für das g. H.*, t. XXXI, 1885, pp. 1-62.
- LADENBURG : *Haftet der Uebernehmer eines bestehenden Handelsgeschäfts in seiner Gesamtheit, d. h. mit allen Activen und Passiven, für die Schulden desselben, auch den Gläubigern gegenüber?* dans *Zeitschrift für das ges. Handelsrecht*, t. XXX, 1885, pp. 90-100.
- LALLIER : *De la propriété des noms et des titres*, 1890.
- LAURENT : *Principes de droit civil français*, 3^e édition.
- A. LÈBRE : *Etude sur l'enregistrement des ventes de fonds de commerce*, appendice au traité de G. Lèbre.
- G. LÈBRE : *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, Paris, 1887.
- E. LEPAGE : *Commentaire de la loi du 1^{er} mars 1898 (nantissement des fonds de commerce)*, dans *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1898, n^o 10057.
- LYON-CAEN et RENAULT : *Traité de droit commercial*, 2^e édition, 8 vol., 1889-1899.
- J. B. MAGNIER et OCTAVE PRUVOST : *Du nantissement constitué sur les fonds de commerce*, Paris, 1895.
- MAZEAU et DIETZ-MONNIN : *Proposition de loi sur la publication des ventes de fonds de commerce*, présentée au Sénat, le 16 juillet 1885; *Exposé des motifs et texte* : *Journal officiel*, 1885, documents parlementaires, pp. 325 et s.
- MÉROT : *Commentaire pratique de la loi du 28 fév. 1872, sur l'enregistrement des actes de vente et les déclarations de mutations des fonds de commerce*, Paris, 1877.
- MEYNIAL : *Notes dans Sirey*, 1892, 1^{re} part., pp. 73 et 497.
- MILLERAND : *Exposé des motifs et texte de la proposition de loi relative au nantissement des fonds de commerce*, *Journal officiel*, Chambre des

- députés, documents parlementaires (séance du 1^{er} mai 1893), pp. 663 et s.
- MILLERAND : *Rapport devant la Chambre*, 5 nov. 1897, Journal officiel, docum. parlement., n° 2774.
- MOULIN : *De l'hypothèque des choses incorporelles* (Droit romain), thèse Paris, 1892.
- MUSCAT : *Observations sur le projet de loi de MM. Mazeau et Dietz-Monnin relatif à la vente des fonds de commerce*, dans la Loi, n° du 19 août 1885.
- A. PELISSIER : *Vente des fonds de commerce, Traité théorique et pratique*, Paris, 1898.
- A. PIGNOLET : *Un fonds de commerce peut-il être donné en nantissement ?* dans Revue du Notariat et de l'Enregistrement, t. XXXVII, 1896, n° 9584.
- POULAIN DE CORBION : *Le nantissement des fonds de commerce*, dans le Moniteur vinicole, n°s des 16, 19 et 26 mai 1899.
- POUILLET : *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*, 2^e édit. (1883) et 3^e édit. (1892).
- PROJET DU GOUVERNEMENT, *relatif à la publicité du nantissement des fonds de commerce*, déposé à la Chambre des députés, le 25 févr. 1899 : *Exposé des motifs et texte*, Journal officiel, docum. parlam., annexe, n° 759, et Lois nouvelles, n°s des 1^{er} et 15 avril 1899.
- PROUDHON : *Traité des droits d'usufruit*, 1833.
- REGELSBERGER : *Ueber die Haftung des Firmaerwerbers für die unter der Firma von einem früheren Inhaber eingegangenen Verbindlichkeiten*, dans Zeitschrift für das ges. Hand., t. XIV, 1870, pp. 1-31.
- RENOUARD : *Traité des faillites et des banqueroutes*, 1842.
- ROSSY : *Des cessions de portefeuille et des réassurances générales*, Paris, 1899.
- RUBEN DE COUDER : *Dictionnaire de droit commercial*, 3^e édit., 1879.
- SALEILLES : *De la cession de dettes*, dans Annales de droit commercial, 1890, doctrine (droit comparé), pp. 1-47.
— *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, dans Annales de droit commercial (Doctrine-Histoire), 1895, pp. 10-26, 49-79, et 1897, pp. 29-49.
- A. SRAFFA : *Le Clausole di Concorrenza*, Torino, 1898.
- THALLER : *Traité élémentaire de droit commercial*, 1898.
- THÉZARD : *Rapport au Sénat sur la proposition de loi relative au nantissement des fonds de commerce*, 23 déc. 1897, Journal officiel, annexes de la sess. extraord. de 1897, n° 94.
- TROPLONG : *Du contrat de mariage*, 1857.
- J. VALERY : *Des contrats par correspondance, du rôle de la correspondance dans l'exécution des contrats*, 1895.
- VEIT-SIMON : *Ueber die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts für die vor Erwerb desselben entstandenen Handlungsschulden*, dans

- Zeitschrift für das ges. Handelsrecht., t. XXIV, 1879, pp. 91-174.
- VIGIÉ : *Cours élémentaire de droit civil français*, 2^e édition.
- A. WAHL : Note dans Sirey, 1897, 2, 89.
- M. WOLFF : § 344 Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs vom 10 mai 1897 und seine Tragweite insbesondere bei der Veräußerung des Handelsgeschäfts, dans Zeitschrift für das ges. Handelsrecht., t. XLVII, 1898, pp. 247-267.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	4
------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

La notion de fonds de commerce et ses caractères juridiques.

Chapitre I. — Notions générales	5
Chapitre II. — Discussion de la notion générique et absolue de fonds de commerce.	17
Section I. — De certaines conceptions relatives à la « cons- truction juridique » de la notion fonds de commerce. . .	19
§ 1. — Théorie du fonds de commerce envisagé comme personne morale.	19
§ 2. — Théorie du fonds de commerce envisagé comme patrimoine spécial ou « <i>Zweckvermögen</i> . »	24
§ 3. — Théorie du fonds de commerce envisagé comme universalité juridique comprenant actif et passif. . .	29
Section II. — Discussion des conceptions exposées	30
Chapitre III. — La notion particulière et relative de fonds de com- merce ; ses caractères juridiques par rapport aux applications pratiques	53
Section I. — Essais de définition	53
Section II. — Le problème de la nature juridique des fonds de commerce	62
§ 1. — Position de la question.	62
§ 2. — La notion de fonds de commerce et la distinction entre meubles et immeubles.	66

§ 3. — Les fonds de commerce et la distinction entre meubles corporels et meubles incorporels	72
§ 4. — De certaines conséquences spéciales de la notion d'universalité appliquée aux fonds de commerce.	83

DEUXIÈME PARTIE

Des cessions de fonds de commerce

PRÉAMBULE.	95
Chapitre I — De l'objet dans les cessions de fonds de commerce.	101
Section I. — Quel est l'objet d'une cession de fonds de commerce	101
Section II. — Comment se comporte l'objet par rapport aux effets principaux d'une cession de fonds de commerce	107
A) L'objet de la cession d'un fonds de commerce par rapport au transfert de la propriété	107
B) L'objet d'une cession de fonds de commerce par rapport à l'obligation de délivrance.	109
C) L'objet des cessions de fonds de commerce par rapport à l'obligation de garantie	110
Chapitre II. — De certains moyens spéciaux par lesquels peut se réaliser une cession de fonds de commerce	113
Section I. — Généralités	113
Section II. — De la cession du nom commercial dans les cessions de fonds de commerce	117
§ 1. — Notions fondamentales : de la cessibilité du nom commercial et de sa raison d'être.	117
§ 2. — Des formes sous lesquelles le successeur peut employer le nom commercial du cédant	120
A) Système allemand de la transmission pure et simple des firmes	121
B) Système du droit français	123
§ 3. — Portée de la cession du nom commercial.	127
§ 4. — Durée du droit pour le successeur d'user du nom commercial	129
§ 5. — De la cession du nom commercial dans certaines hypothèses spéciales	134
A) Hypothèse d'une cession de fonds de commerce appartenant à une société	135

B) Cession forcée de fonds de commerce à suite de faillite	137
Section III. — Des restrictions à la liberté commerciale en matière de cessions de fonds de commerce	137
§ 1. — Raison d'être de ces restrictions à la liberté commerciale.	137
§ 2. — Principes généraux relatifs aux restrictions à la liberté commerciale	140
§ 3. — Comment s'établissent les restrictions à la liberté commerciale du cédant d'un fonds de commerce.	149
I. — Des restrictions basées sur un consentement exprès ou tacite de l'obligé	146
A) Restrictions expresses	147
B) Restrictions implicites.	149
II. — Des restrictions imposées à l'obligé	155
A) Hypothèse d'une cession de fonds de commerce en cas de faillite	156
B) Hypothèse d'une cession de fonds de commerce dans une liquidation de société.	160
§ 4. — Effets des restrictions à la liberté commerciale du cédant d'un fonds de commerce	163
A) Des actes interdits !.	164
B) De l'étendue territoriale de l'interdiction	167
C) Durée de l'interdiction; des personnes à qui elle profite et de celles qu'elle grève	168
D) Sanction de l'interdiction	174
Chapitre III. — Des effets de la cession d'un fonds de commerce sur certains rapports des parties avec les tiers	176
Section I. — Idée générale de la question	176
Section II. — Le problème du transport à titre particulier de dettes; ses applications aux cessions de fonds de commerce	185
§ 1. — Notions générales sur le transport des dettes	185
§ 2. — Les systèmes allemands sur le transport du passif commercial dans les cessions de fonds de commerce	193
I. — La question du transport des dettes commerciales avant le nouveau Code de Commerce	195
II. — Réglementation du transport du passif commercial dans le nouveau Code de Commerce	211
A) La cession des dettes commerciales dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire du fonds de commerce.	213

B) Effets de la cession du fonds vis-à-vis des tiers créanciers	214
§ 3. — Les applications du transport des dettes commerciales, en matière de cession de fonds de commerce, dans la pratique française	219
I. — Aperçu sur l'état de la question.	219
II. — Généralités sur le transport des dettes dans les cessions de fonds de commerce	225
III. — Le transport des dettes, envisagé spécialement sans la cession des contrats synallagmatiques relatifs à l'exploitation cédée.	232
Chapitre IV. — Usages relatifs à la publication des cessions de fonds de commerce et aux oppositions sur le prix	246
Section I. — Utilité et formes de ces usages	246
Section II. — Valeur juridique des usages relatifs à la publication des cessions de fonds de commerce	253
Section III. — Projets de mesures législatives	262
Chapitre V. — De la garantie des droits du cédant dans les cessions de fonds de commerce.	274
Section I. — Droits généraux du cédant d'un fonds de commerce	275
I. — Droits de rétention et de revendication mobilière	276
II. — Droit de résolution	277
III. — Privilège du cédant	281
IV. — De la déchéance du terme accordé au cessionnaire.	288
Section II. — Influence de la faillite du cessionnaire du fonds de commerce sur les droits du cédant.	291
§ 1. — Régime ordinaire auquel sont soumis les droits du cédant en cas de faillite du cessionnaire	291
§ 2. — De certaines combinaisons destinées à assurer spécialement les droits du cédant.	299
Section III. — Des moyens légaux par lesquels on pourrait fortifier les garanties du cédant d'un fonds de commerce	307
Chapitre VI. — Règles particulières aux cessions de fonds de commerce au point de vue fiscal	314
Section I. — Dispositions légales relatives à l'enregistrement des cessions de fonds de commerce, leur explication historique et leur portée générale	315
Section II. — Des mutations soumises aux dispositions spéciales de la loi de 1872	321
§ 1. — Quelles sortes de mutations ont gouvernées par cette loi.	321

§ 2. — Quelles sont les valeurs dont la transmission est soumise aux dispositions de la loi de 1872.	323
Section III. — Application des droits et règles de la perception	332
§ 1. Application des droits aux principales valeurs com- posant le fonds de commerce	332
A) Cession de l'achalandage ou clientèle	332
B) Cession du droit au bail	333
C) Cession des objets mobiliers ou autres servant à l'exploitation du fonds	334
D) Cession des marchandises neuves	334
§ 2. — Règles de la perception	336
A) Formalités à remplir	337
B) Sanctions et pénalités.	337
C) Règles de la preuve des mutations.	340

TROISIÈME PARTIE

Des nantissements de fonds de commerce.

PRÉAMBULE.	343
Chapitre I. — La question des nantissements de fonds de commerce avant la loi du 1 ^{er} mars 1898	345
Section I. — Données générales sur l'organisation du crédit mobilier dans notre droit	345
Section II. — La question des nantissements de fonds de commerce devant les tribunaux.	356
Section III. — Critique des systèmes relatifs aux nantissements de fonds de commerce	376
Chapitre II. — La loi du 1 ^{er} mars 1898 : élaboration de la loi et idée générale de la réforme	386
Section I. — Elaboration de la loi	386
Section II. — Idée générale de la réforme	391
§ 1. Indications principales sur la portée de la disposition nouvelle	391
§ 2. — La notion de gage sans dessaisissement du débiteur, ses applications diverses	395
Chapitre III. — Analyse critique de la loi du 1 ^{er} mars 1898.	404
Section I. — Du principe qui règle les formalités exigées par la loi nouvelle pour la validité des nantissements.	406

Section II. — De l'objet dans les nantissements régis par la loi nouvelle	412
§ 1. — Ce qu'il faut entendre par fonds de commerce au sens de la nouvelle loi ; la notion d'universalité, les éléments qu'elle peut englober.	412
§ 2. — Comment on peut déterminer en principe les éléments qui rentrent dans l'objet soumis au nantissement.	424
§ 3. — Ce que deviennent, par rapport à l'objet du nantissement, les éléments séparés de l'université engagée.	429
Section III. — Effets principaux des nantissements régis par la loi nouvelle	436
Section IV. — Comment fonctionne la publicité spéciale prescrite par les nantissements de fonds de commerce	440
Section V. — Appréciation générale de la loi du 1 ^{er} mars 1898	447
BIBLIOGRAPHIE.	457

SAINT-AMAND, CHER. — IMPRIMERIE BUSSIÈRE FRÈRES
